

# NEOCONSTITUCIONALISMO E PONDERAÇÃO DE INTERESSES FUNDAMENTAIS\*

*Giuliano Cesar da Silva Tatagiba\*\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A construção do Direito e sua aplicação na Modernidade. 3. A reconstrução dos Direitos Humanos na segunda metade do século XX. 4. O Pós-Positivismo: o direito dos Princípios. 5. A Ponderação de interesses no Constitucionalismo Normativo e Dirigente Contemporâneo. 6. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** Os fundamentos que sustentam a reconstrução dos direitos fundamentais, a partir dos princípios da indivisibilidade e da universalidade, e que são os parâmetros constitucionais dos novos Estados, de forma alguma podem deixar que os discursos arbitrários e reacionários venham a transformá-los em utopias inatingíveis. A justa distribuição dos escassos bens sociais nos Estados Liberais, devem se fundamentar a partir de princípios éticos e morais que expressem sentido de orientação, que não se pode esperar que ocorram apenas com a caracterização do império e do caráter normativo da Constituição, mas sim de sua concretização na interpretação e na aplicação diária do Direito. É a partir deste contexto de exercício democrático assentado nestas concepções, que as colisões e os conflitos de direitos fundamentais em uma sociedade cada vez mais diversificada, que a técnica da ponderação tem seu papel posto em relevância, para que ao invés de possibilitar a justa distribuição dos bens sociais, não venha a se tornar instrumento do arbítrio em função de interesses e privilégios que tornem cada vez mais distante a realização de um Brasil digno.

**Palavras-chave:** Ponderação, Colisões de Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** The beddings that support the reconstruction of the basic rights, from the principles of the indivisibility and the universality, and that they are the parameters constitutional of the new States, of form some can leave that the arbitrary and reactionary speeches come to transform them into unattachable utopias. The joust distribution of the scarce property partnerships in the Liberal States, must be based from ethical and moral principles that they express sensible of orientation, that if cannot wait that occurs only with the characterization of the empire and the normative character of the Constitution, but yes of its concretion on the interpretation and the daily application of the Right. It is from this context of seated democratic exercise in these conceptions, that the collisions and the conflicts of basic rights in a society each diversified time more, that the technique of the balance has its paper rank in relevance, so that instead of making possible the joust distribution of the property partnerships, it does not come if to become instrument of the will in function of interests and privileges that become each more distant time the accomplishment of worthy Brazil.

**Key-words:** Constitutional balance, Basic Collisions of Principles, Rights.

## 1. Introdução

É de um prazer incomensurável escrever sobre os direitos fundamentais no atual estágio de desenvolvimento intelectual da ciência jurídica no Brasil.

Explica-se tal sentimento pela observação de uma gama seleta de estudiosos que, a cada dia, vêm se agregando aos abnegados da primeira hora que empunharam, abraçaram e levantaram essa bandeira, quando tal comportamento aos olhos desconfiados de muitos inspirava subversão à ordem estabelecida, e iniciaram um profícuo movimento de defesa e difusão deste ideal de fazer com que se prevaleça, efetiva e concretamente, os atributos que são inerentes à própria essência do ser humano.

---

\* Artigo apresentado como trabalho final de conclusão da Disciplina Direitos Fundamentais, ministrada pelo Prof. Dr. Sidney Guerra, no Curso de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Processo, na Faculdade de Direito de Campos, em Campos do Goytacazes – RJ, 2006.

\*\* Mestrando em Direito pela FDC, área de concentração Políticas Públicas e Processo. Professor de Direito Penal Econômico da FACAESTELO/ES. Capitão da Polícia Militar do Espírito Santo. E-mail: gtatagiba@yahoo.com.br

O resultado deste esforço, bem pode ser conferido em recente artigo publicado por Lênio Luiz Streck e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, onde informam que nestes tempos de democracia, de Estado Democrático de Direito e de efervescência do constitucionalismo nos últimos anos, foram defendidas mais de 400 teses de doutorado e 2.000 dissertações de mestrado exaltando a força normativa da Constituição, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, o devido processo legal, a principiologia constitucional, além de mais de 2.500 obras de direito processual-constitucional.<sup>1</sup>

Infelizmente, ainda não é rara, na prática diária, a veiculação pela mídia de inúmeras violações de direitos que atingem de forma contundente a dignidade da pessoa humana neste país de fronteiras gigantes, como gigantes são as suas desigualdades. Ao menos, o mundo acadêmico vem prestando sua colaboração e fazendo com que, cada vez mais adeptos, tanto da academia quanto dos poderes constituídos, se convençam, se convertam, e se motivem a difundir essa revolução que busca atrelar o Direito à Ética e a Moral, o que só então será capaz de repercutir nas ações práticas do cotidiano das pessoas e das instituições.

Embora este seja um momento de profunda satisfação ao encontrar um cabedal incontável de pesquisadores e obras sobre este tema, o que, em verdade, inibi qualquer neófito a se lançar em uma seara pela qual a qualidade teórica salta aos olhos, parecendo que em nada mais há para se poder acrescentar, não se pode deixar baixar a guarda e permitir que os defensores do retrocesso, obviamente que beneficiários dos privilégios do arbítrio e do autoritarismo, tomem este espaço que é fruto de muito trabalho, dedicação, perseverança e, acima de tudo, fé em dias melhores, em um Brasil melhor, com um povo em condições melhores. É como bem exprime Luís Roberto Barroso: “*Só quem não soube a sombra não reconhece a luz*”.<sup>2</sup>

Ao erigir a dignidade da pessoa humana como epicentro de todo o ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 se transforma no marco histórico e fundamental de todo esse processo que possibilita discutir, de forma prática, concreta e efetiva em solo pátrio, toda uma gama de questões que, desde o final da 2ª Guerra Mundial constava da pauta de discussão dos principais centros acadêmicos do mundo ocidental.

Somente a partir do processo de democratização do Brasil e o estabelecimento de uma ordem constitucional positivadora dos diversos núcleos de direitos fundamentais, inspirados pela reflexão funcional do direito enquanto instrumento garantístico da dignidade da pessoa humana e, promotor de direitos sociais, econômicos e culturais, inclusive abrangendo os interesses coletivos e difusos, é que se possibilitou a sua inserção de fato neste contexto.

É por tais motivos que, na atual realidade histórica, é perfeitamente possível a discussão de temas como a eficácia jurídica dos princípios e efetividade das normas constitucionais, interpretação conforme a constituição, força normativa e vinculativa do ordenamento jurídico pela constituição e ponderação de interesses.

Tais discussões, que são reflexos de um fenômeno denominado neo-constitucionalismo que, filosoficamente se apóia no pós-positivismo e historicamente, na formação dos Estados Democráticos Constitucionais, que Luís Roberto Barroso, no Prefácio da obra de Gustavo Binembojm<sup>3</sup>, bem descreve:

o fenômeno do Neoconstitucionalismo tem como marco filosófico o pós-positivismo, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, onde, no caso brasileiro, ocorreu com a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988 e, como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional,

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Mais) um passo atrás no direito brasileiro . Quem vai cuidar do guarda da esquina?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 959, 17 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7987>>. Acesso em: 09 out. 2006.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. X.

<sup>3</sup> BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação.

Até o fim da primeira metade do século XX, o conceito até então de Constituição não possibilitava tal empreendimento. Para tanto, uma nova concepção foi estruturada, que bem pode ser esclarecida por Jackman<sup>4</sup>, onde discorre que seu sentido ultrapassa a consideração de um simples documento legal, sendo “*um documento com intenso valor simbólico e ideológico – refletindo tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser*”.

Konrad Hesse<sup>5</sup> foi um dos primeiros estudiosos a identificar que a Constituição é a verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Para tanto, deve expressar a realidade política e social de seu tempo, à qual também ordena e conforma por conta de seu elemento normativo, convertido em força ativa dependente de sua própria vontade, da vontade da constituição (*Wille zur Verfassung*). A efetividade desta força será tanto maior quanto maior for a convicção sobre a sua inviolabilidade.

No Brasil, o desenvolvimento da Teoria de interpretação conforme a Constituição é a consequência imediata dos fundamentos do Estado Democrático de Direito construído com a Constituição de 1988, que promoveu a constitucionalização dos princípios e preceitos básicos de todos os assuntos de importância jurídica, política e cultural. Vê-se claramente a elevação do *status* político do Poder judiciário, especialmente do STF pelo atributo de guardião da Constituição, que tem por fim “*obter a probidade e efetividade da Administração Pública e integral respeito aos Direitos Fundamentais*”.<sup>6</sup>

É a instituição do paradigma Constitucional<sup>7</sup>, necessário ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, onde todas as questões apreciadas pelo Executivo e pelo Judiciário passem a ser analisadas pela ótica constitucional, fazendo com que tanto a política, como a aplicação de métodos interpretativos e os efeitos do controle de constitucionalidade sejam estabelecidos fundamentalmente sobre os pilares dos Direitos fundamentais do homem, cuja eficácia concreta apenas se estabelece com sua total observância e inviolabilidade.

Caminhando de forma interdependente com este novo paradigma constitucional, observa-se também um novo redesenhar das relações internacionais, que no limiar do século XXI apresenta o pleno vigor da dimensão da soberania da humanidade que substitui a soberania dos Estados, a partir da internacionalização dos direitos humanos com o resgate de sua universalização, diante das sucessivas convenções e declarações de proteção obtidas simultaneamente para toda a humanidade, influenciando de forma decisiva nas reconstitucionalizações nacionais.<sup>8</sup>

De certa forma, relembram-se os posicionamentos teóricos fundados no “*respeito adequado às opiniões da humanidade*”, justificantes da declaração da Independência dos Estados Unidos ou dos postulados da Revolução, como expressado no pronunciamento de Mathieu de Montmorency na Sessão de 8 de agosto, logo imediatamente aos 4 de julho de 1789, proclamando que “*os direitos do homem em sociedade são de todos os tempos e todos os países*”, evidenciando o perecimento da era em que o juízo supremo da vida política internacional era atributo dos monarcas e chefes religiosos para um novo tempo em que se reconhece que tal atribuição é legítima e inerente a todos os homens, independentemente de qual Estado seja nacional.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. In: (Neo)Constitucionalismo: Ontem os Códigos, Hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2 – Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 89.

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 24.

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 99.

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. Op. cit, p. 99.

<sup>8</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 182.

<sup>9</sup> É conforme descreve de Fábio Konder Comparato no prefácio da obra de André de Carvalho Ramos: *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Ressalta que o reconhecimento de que o indivíduo é possuidor de direitos anteriores e superiores ao poder estatal, de cunho universal e comum ao gênero humano, remonta à construção filosófica grega de Aristóteles na Retórica (1368 b,

Neste sentido é que este ensaio terá a pretensão de construir uma formulação teórica que seja capaz de solucionar os conflitos de interesses fundamentais sobre o contexto do Neoconstitucionalismo, conforme conceituado pelo professor Luís Roberto Barroso, que analisa o tema a partir do entendimento de seus três marcos fundamentais, o histórico, o filosófico e o teórico.

Para que se possa desenvolver esta pesquisa com certa consistência, em um primeiro momento, será realizada uma reflexão histórica e crítica dos princípios teóricos jurídicos do modelo constitucional que surge com o Estado Moderno Liberal, bem como dos aspectos referentes à sua transformação para o Estado de Bem-Estar Social.

Desta forma é que se poderá analisar o marco histórico do neoconstitucionalismo, que se funda a partir do naufrágio do Estado de Bem-Estar Social, legitimado pelo Modelo de Estado Legislativo, cujas concepções destroem e reconstroem os Direitos Humanos.

Quanto ao marco filosófico, em um terceiro momento, será analisado os aspectos referentes ao pós-positivismo, assim concebido como uma confluência entre o positivismo e o jusnaturalismo, onde se busca reaproximar o Direito da ética e da Moral, dando ao valor justiça um significado diverso da proposição de uma teoria do puro do Direito.

O marco teórico estabelecido por este novo modelo Constitucional, conforme descreve Luis Roberto Barroso, decorre de três grandes transformações que subverteram o conhecimento convencional do Direito Constitucional, que é o reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática de sua interpretação.

Em um quarto momento, em síntese às proposições anteriores, serão analisadas as possibilidades de conflito de interesses fundamentais estatuídas pela nova ordem constitucional, bem como as possibilidades de solução.

A opção por esta vertente teórica se justifica, na realidade, pelo fato de não se conseguir vislumbrar, no limiar deste século XXI, a pesquisa sobre qualquer assunto no plano jurídico, que não seja precedida pela compreensão das formulações teóricas que possibilitaram a reconstrução dos paradigmas<sup>10</sup> que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência no plano internacional, após a 2ª Guerra Mundial, cujas referências mais marcantes na construção do modelo jurídico que representa o Estado Constitucional de Direito foram as reconstitucionalizações da Alemanha e da Itália.

De igual modo, diante das influências que esta estrutura paradigmática constitucional exerceu em todo mundo ocidental é que as reflexões que aqui serão submetidas terão, como perspectiva, a redemocratização e a reconstitucionalização do Brasil, que tem seu marco histórico a Constituição Cidadã de 1988.

## 2. A Construção do Direito e sua aplicação na Modernidade

Como já referenciado, a segunda metade do século XX significou uma profunda reflexão do Direito, não só relativa a seu conteúdo, residindo aí a discussão acerca de sua reaproximação com ética e a moral, como também de sua forma, aqui significando uma reorientação das inter-relações entre seus ramos e a elevação do Direito Constitucional como ápice dirigente-normativo de todo o ordenamento.

No entanto, o caminho percorrido pela humanidade até chegar a este estado de coisas, embora historicamente possa até ser considerado curto, foi bastante tortuoso, trazendo traumas que jamais serão esquecidos.

---

8 – 10), onde conclui-se que, o conteúdo destes direitos são frutos conquistados em cada época, cujas transformações são determinadas pelos valores determinantes do contexto histórico de cada época.

<sup>10</sup> Embora a noção de Paradigma seja oriunda da obra de Thomas S. Kuhn, “A estrutura das revoluções científicas”, (Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000), neste trabalho se utilizará a perspectiva de Geraldo Prado, em seu “*Sistema Acusatório*” (3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p.13.) que sob a inspiração de Darcy Ribeiro, [*“ao contrário da natureza, que evolui por mutação genética, a cultura – em cujo campo está inserido o Direito – segue evoluindo por adições de corpos de significado e de normas de ação difundidos por meio da aprendizagem, de sorte a redefinir-se permanentemente, compondo configurações cada vez mais inclusivas e uniformes.”*] considera que a sua crise não significa a descontinuidade do conhecimento até então apreendido pelo grupo social, mas sim de uma nova compreensão conformada aos valores que emergem da transformação que se opera.

O mundo moderno, que representa este caminho percorrido, tem sua noção construída a partir do Século XVI quando a razão humana passa a centralizar a origem e causa de todas as coisas. Significando o rompimento com a submissão à teologia cristã, o homem passa a buscar o conhecimento a partir das formulações que a sua racionalidade lhe impunha, pela observação da natureza que o cercava, não mais se contentando com as repostas que possuíam origem na divindade.

Este fenômeno fez com que também se operasse uma reformulação na concepção do Direito. A nova versão do Direito Natural<sup>11</sup>, não mais compreende a lei como uma vontade de Deus, mas sim ditada pela razão, decorrente das necessidades inerentes à existência do homem enquanto ser.

Esse ambiente cultural que se instaura, fundado na razão e na liberdade é que vai oferecer, segundo Barroso<sup>12</sup>, o substrato jurídico-filosófico para as duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação do poder do Estado.

A consolidação da crença de que o homem possui direitos naturais à sua própria condição de ser humano, devendo sua integridade e liberdade serem respeitadas pelo próprio Estado, forneceu o substrato teórico para as revoluções liberais que derrubaram o absolutismo monárquico.

A idéia básica do jusnaturalismo consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior que estabelece limites à própria norma estatal.<sup>13</sup>

Desta forma, nos séculos XVIII e XIX, a construção do paradigma do Estado Moderno Liberal, determinava a restrição da atuação estatal ao mínimo necessário à garantir os direitos conquistados, cabendo à Constituição estabelecer a sua separação dos indivíduos, que agora possuíam liberdade para agir livremente na busca pelos seus próprios interesses e lhe atribuir a missão de promover o bem comum.

A idéia fundamental do constitucionalismo liberal consubstanciava-se na limitação do Poder estatal que se lograria tecnicamente pela sua separação em função legislativa, executiva e judiciária, as quais deveriam ser atribuídas a órgãos distintos traçados pela Constituição.<sup>14</sup>

O sistema jurídico desenvolvido buscou uma ordenação plena da sociedade, que recorrendo à razão absoluta, positiva todo o conteúdo do Direito Natural, diante da desconfiança que ainda possuíam em relação aos juízes considerados hostis à revolução e subservientes aos reis e aos nobres do *ancien regime*, o que possibilitou sua estrita vinculação à lei que, pelo processo subsuntivo, sempre se encontraria uma solução correta para o caso concreto.<sup>15</sup>

Assim é que o Jusnaturalismo racionalista se alia ao Iluminismo no processo de codificação, de tradição jurídico-germânica, que tem no Código Civil francês o maior exemplo, o que veio a promover a identificação entre o direito e a lei, o que também permitiu que o direito natural fosse ensinado dogmaticamente.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Este termo é utilizado por Luis Roberto Barroso (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 20) para destacar existência de um Direito Natural anterior a este período, que a despeito de múltiplas variantes, tinha na vontade de Deus o estabelecimento das leis. Deve-se considerar ainda, que este mesmo autor, adverte que a origem do jusnaturalismo remonta à antiguidade grega, onde Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária. No entanto, sua divulgação em Roma coube a Cícero em sua República que exerceu intensa influência no pensamento cristão e na doutrina medieval, cujo ápice se deu com São Thomas de Aquino (1225-1274).

<sup>12</sup> Id., p. 21.

<sup>13</sup> Id., p. 20.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: 1997, p. 23.

<sup>15</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria dos discursos de Jürgen Habermas. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 305.

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*, t. II, Op. cit, p. 23.

A esteira do processo histórico, filosófico e evolutivo<sup>17</sup>, faz com que o rigor metódico e a separação entre o sujeito, o objeto e o método das ciências naturais sejam levados para o mundo do Direito, dando origem ao Positivismo Jurídico, assim negando a existência de qualquer fundamento metafísico, seja da esfera religiosa ou do Direito Natural Racional. “*Direito é apenas aquele posto (positivado) pelo Estado, logo, a Ciência do Direito tem por fim apenas a norma*”.<sup>18</sup>

Enfatiza Barroso<sup>19</sup> que, a partir das lições de Bobbio, Matteucci e Pasquino, paradoxalmente, enquanto a consolidação dos ideais constitucionais liberais em textos escritos e o processo de codificação significou o triunfo do jusnaturalismo, também significou sua superação histórica. Uma vez codificado o direito racional não se poderia imaginar ou admitir a existência de outro direito que não este, assim afastando a utilização de quaisquer elementos ou recursos externos ao direito posto.

Concebido como um todo unitário, completo e harmônico, a interpretação de qualquer dispositivo do ordenamento jurídico apenas e tão somente poderia ocorrer para a resolução de antinomias e preenchimento de lacunas que, ao partir de um sistema de auto-integração, não necessitaria utilizar qualquer elemento extra-jurídico. “*A Escola da Exegese, por sua vez, irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra.*”<sup>20</sup>

Assim é que se refuta a idéia de conferir qualquer sentido moral ao Direito, uma vez que este possuía a sua própria e bastante. O que importa é a existência da norma positivada e nenhum compromisso há com sua correspondência com a realidade fática e sua conseqüente aceitação social ou reprovação. É como se depreende da tese de Bergbonh, citado por Reali, onde “*é diante do Direito infame que se revela a virtude mais nobre do jurista, isto é, a capacidade de agir contra as suas mais profundas e santas convicções*”.<sup>21</sup>

Na concepção do positivismo jurídico, que possuía a pretensão de criar uma ciência jurídica com feição das ciências exatas e naturais, a Ciência do Direito deveria buscar seus fundamentos a partir da realidade objetivamente observada, a partir de juízos de fato, uma vez que sendo norma emanada do poder estatal, de caráter imperativo e com força coativa, não poderia se fundar em juízo de valor que expresse uma determinada posição diante desta realidade. Assim não se infere ao âmbito do Direito a discussão de questões referentes à legitimidade e justiça, que se ligam ao campo da moral e dos valores, uma vez que se encontram no espectro das especulações filosóficas.<sup>22</sup>

Com a derrocada do modelo de Estado Liberal, por conta das conseqüências políticas e econômicas geradas pela 1ª Guerra Mundial, bem como pela percepção de que a mera declaração dos direitos conquistados pelo constitucionalismo liberal, onde por si só o mercado se encarregaria de equacionar as questões do plano social e econômico, não possibilitava sua efetivação, fazem com que surja uma nova ordem constitucional.

Assim é que vê o constitucionalismo moderno se transformar, de instrumento de proteção da pessoa humana em face do Estado, para um instrumento capaz de fazer com que este mesmo Estado, paradoxalmente, atue positivamente para garantir as condições mínimas necessárias para a melhoria das condições de existência de seu povo. “*Tais direitos não visam proteger o homem do Estado, mas da sua exploração pelo próprio homem, pressupondo uma presença mais marcante do Poder Público no cenário econômico, com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais*”.<sup>23</sup>

A assunção do Estado de bem-estar social nasce com a positivação dos direitos denominados de direitos sociais, cuja preocupação pela respectiva materialização, faz surgir novas teorias de interpretação “*que não prendam o juiz a uma aplicação mecânica da norma ao fato; ganham terreno*

<sup>17</sup> O termo evolutivo aqui utilizado tem a mesma conotação dada por Miguel Reale (Filosofia do Direito. 17. ed. São Paulo: 1996, p. 498) não se traduzindo no preconceito evolucionista de comparar um dado histórico como primitivo em relação a uma situação posterior avançada alcançada de forma paulatina. “*cada época, no entanto, realiza seus valores em sua plenitude e em sua autenticidade, não sendo aconselhável querer destacar uma delas como grau de um processo de ideação iluminística progressiva*”.

<sup>18</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Op. cit.*, p. 306.

<sup>19</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*, t. II, *Op. cit.*, p. 23.

<sup>20</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>21</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.485.

<sup>22</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 63.

*técnicas de interpretação que rejeitam o sentido subjetivo da ‘vontade do legislador’ para buscar o sentido objetivo da lei”.*<sup>24</sup>

De forma diversa ao Estado Liberal, onde o Direito Constitucional é concebido doutrinariamente como uma filosofia do Direito e na prática, uma espécie de direito público do liberalismo<sup>25</sup>, as novas Constituições tem seus textos expressando tanto a ampliação do conceito de área de atuação do poder público, como também a integração de diversos direitos sociais e de mecanismos processuais destinados à sua própria proteção.

A partir desta perspectiva, em que tanto a Constituição quanto a legislação infraconstitucional passam a regular assunto os mais diversificados, é que Hans Kelsen, em meados do século XX, busca construir uma teoria pura e completa para o Direito, onde “*sente a necessidade de purificar o Direito de quaisquer elementos morais, econômicos e valorativos que não fossem ‘Direito’ em sentido estrito. Ele encontra na estrutura do ‘dever ser’ da norma a resposta para a construção de sua Teoria Pura do Direito*”.<sup>26</sup>

O positivismo se tornou a filosofia dos juristas nas primeiras décadas do século XX, onde em busca da cientificidade, a partir do desenvolvimento de dogmas próprios, que não necessitem de qualquer justificação além da própria existência, reduziu o Direito à legislação em vigor.<sup>27</sup>

No entanto, há que se considerar que o positivismo desta época já possuía diferenças significativas daquele construído pelas Escolas de Exegese e Histórica. Embora Kelsen também acredite que o Direito tem que ser concebido pelos olhos do jurista, não necessitando recorrer aos elementos elaborados pela psicologia, desenvolvidos pela economia ou apresentados pela sociologia<sup>28</sup>, adverte Bahia<sup>29</sup> sobre algumas leituras equivocadas.

Salienta que Kelsen (Teoria pura do direito, p. 4) não cai na simplificação de considerar que norma e lei são fenômenos sinônimos, pois a norma é o resultado da interpretação de que se dá a um ato ou fato da natureza que possua alguma relevância jurídica, por conta do que se tem previamente positivado. “*O juízo em que se enuncia um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa*”.

Neopositivistas como Kelsen estão preocupados com a neutralidade ascética face ao seu objeto de estudo. Para não necessitar de fundamentos extrajurídicos, partem de um argumento filosófico, uma premissa fundamental que não necessita ser fundamentada; mas que, ao invés, funda todo o resto e será tão mais válida quanto mais coerente for a construção feita a partir dela: é a “Norma Fundamental” (Kelsen) ou a ‘Regra de Reconhecimento’ (Hart).<sup>30</sup>

Identificando que o ato subsuntivo mecânico que buscasse revelar a *mens legislatoris* não era suficiente para a aplicação do Direito, ao finalizar sua construção teórica com a edição de 1960, Kelsen traz as expressões, interpretação autêntica, feita pelo legislador ou pelo juiz, e interpretação não-autêntica, feita pela dogmática. “*O jurista austríaco critica a ‘Jurisprudência Tradicional’ que procurava métodos que permitissem, com o uso da razão, ‘descobrir’ a única interpretação que seria conforme a lei. Segundo ele, essa é uma pretensão que não faz sentido*”.<sup>31</sup>

Ambas se relacionam diretamente com a estrutura escalonada das normas, onde independente do nível hierárquico, a interpretação de uma norma jurídica sempre estará relacionada com a autorização que o nível superior do ordenamento dá ao nível inferior de produzir os atos normativos. Tanto o legislador quanto o juiz ao se depararem com normas mais gerais, possuiriam uma margem maior para a determinação de sua interpretação. Essa margem, quando intencional, encerraria um ato

<sup>24</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Op. cit.*, p. 308.

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: 1997, p. 26.

<sup>26</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Op. cit.*, p. 319.

<sup>27</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>28</sup> REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 455.

<sup>29</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Op. cit.*, p. 309.

<sup>30</sup> *Ibidem*, loc. cit..

<sup>31</sup> Id., p. 310.

de delegação da própria norma, hierarquicamente superior. “*Para Kelsen, um juiz, ao decidir um caso, também está produzindo norma, apenas que neste caso, uma norma individual*”.<sup>32</sup>

A interpretação ganha relevância quando o surgimento desta margem ocorre de forma não-intencional. Tal ocorreria quando a norma a ser aplicada possuía ambigüidade em seu texto, divergência entre o que ela diz e a intenção do legislador ou quando possuir duas normas antagônicas aplicáveis ao mesmo caso. Aqui é que se toma significado o papel da dogmática jurídica de fixar a moldura das interpretações possíveis, para que se possa influenciar e orientar o aplicador do direito.

Contudo, deve-se ter em conta, que Kelsen, nesta última versão de sua teoria, admite categoricamente que a dogmática não era capaz de prever todas as interpretações possíveis, podendo o aplicador do direito utilizar da interpretação posta na moldura como também produzir uma que se situe totalmente fora e até mesmo contrariamente a ela.

Trata-se do recorrente problema de teorias que entendem o Direito como um sistema fechado de regras: havendo colisão entre elas, o juiz há que dar uma decisão do tipo ‘tudo ou nada’, isto é, em um tal sistema que não considera princípios, as ‘*colisiones de reglas traen consigo una indeterminación de la situación jurídica, que sólo cabe eliminar ya en términos decisionistas*’.<sup>33</sup>

Diante do fracasso do Estado de Bem-Estar Social e das conseqüentes promessas da modernidade<sup>34</sup>, fizeram com que uma profunda reflexão se instalasse a partir da 2ª Guerra Mundial, diante dos horrores nunca vistos e pela possibilidade concreta da humanidade, pela primeira vez em toda a sua existência, se deparar com a possibilidade real de se auto-dizimar pela tecnologia nuclear.

Talvez a mais irônica das conclusões que se tenha chegado ao processo reflexivo sobre as causas que levaram às conseqüências dantescas da 2ª Guerra Mundial, tenha sido a constatação, durante o julgamento dos principais acusados nazistas pelo Tribunal de Nuremberg, de todos terem invocado o fiel cumprimento da lei e obediência às ordens emanadas da autoridade competente.<sup>35</sup>

O testemunho ocular das conseqüências mais dantescas e perversas que o terreno fértil do estado de providência e paternalista, sob inspiração liberal pôde oferecer, fez com que o homem se deparasse com a necessidade urgente de reavaliar até que ponto a atividade legislativa do Estado, fundada nas acepções clássicas de soberania e da tirania da maioria era ilimitada, bem como a de estabelecer mecanismos de controle destinados a não permitir a ocorrência dos pérfidos e dantescos horrores praticados na segunda guerra mundial.

O positivismo jurídico que pretendeu se transformar em uma teoria do Direito, sob os signos na objetividade e neutralidade a partir de juízos de fato e não de valor, se transformou em instrumento de dominação ideológica, onde o legalismo acrítico e o dogma do fiel cumprimento à lei muito bem serviram aos regimes autoritários que marcaram o século XX.<sup>36</sup>

Assim é que se opera uma grande crítica à construção do positivismo jurídico indiferente à ética e à moral, o que consubstanciou a edificação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da nova ordem que se instaura, bem como, modificou os conceitos tradicionais de democracia, a partir da instituição do controle da regra da maioria, para a precaução da tirania da maioria no espaço intocável dos direitos fundamentais e na concentração de poderes políticos e econômicos, que reserva à nova concepção constitucional, a função de garantir não só as formas, mas, sobretudo, “*os conteúdos da democracia política, social e cultural*”.<sup>37</sup>

Neste sentido, destaca Barroso<sup>38</sup> que conceitualmente, a transposição dos métodos das ciências naturais para as ciências humanas nunca ocorreu de forma satisfatória, principalmente na seara do

<sup>32</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>33</sup> *Id.*, p. 311.

<sup>34</sup> *Id.*, p. 313.

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. In: (Neo)Constitucionalismo: Ontem os Códigos, Hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2 – Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 87.

<sup>36</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>37</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 87.

<sup>38</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 26.



Direito, que não pode pretender ter uma postura meramente descritiva da realidade, pois ao prescrever o “dever ser” na realidade concreta, assume uma posição tanto conformadora quanto transformadora. Por não ser um dado, mas uma criação, a relação entre o sujeito de conhecimento e seu objeto de estudo, ou seja, entre o interprete e a norma e a realidade, o ideal positivista de objetividade neutralidade, tornam-se impraticáveis.

Paralelamente a esse movimento reaproximação da ética e da moral ao direito, que, aliás, devem integrar tanto o núcleo do texto quanto expressar o resultado de sua interpretação, outro aspecto relevante a ser considerado é o da inflação legislativa que se instaurou no Estado de Bem-Estar Social, para regular as relações econômicas e privadas.

Vê-se neste período, o surgimento de vários micro-sistemas normativos, que por conter valores e objetivos diversos daqueles que inspiraram o Estado Liberal, acarretou um processo de descodificação, o que ainda culminou na desvalorização da lei<sup>39</sup>, no que muitos autores denominam como crise da legalidade.

Tem-se a partir deste contexto histórico, a instauração de um novo paradigma no sistema jurídico romano-germânico, que substitui o “legicentrismo”<sup>40</sup>, que considerava a lei como a emanção da vontade geral do povo e que tinha no Código Civil, o centro do ordenamento jurídico, pela jurisdição constitucional, que tem no super-princípio da dignidade da pessoa humana, ponto de partida e chegada da interpretação constitucional, cuja intangibilidade ética possui a tarefa de inspirar o Direito.<sup>41</sup>

Como consequência imediata deste contexto, tem-se a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos editada pela ONU em 1948, e de uma nova concepção do Direito Constitucional no mundo ocidental, e fundado na dignidade da pessoa humana, adquire uma conformação globalizada,

vocationado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Note-se que estes eram exatamente os lemas do movimento do constitucionalismo instaurado no final do século XVIII, que fizeram nascer as primeiras constituições escritas: limitar o poder do Estado e preservar direitos.<sup>42</sup>

Assim é que a dignidade da pessoa humana é consagrada no plano internacional, em franca reação à barbárie produzida pelo nazismo, constituindo-se o valor máximo dos ordenamentos jurídicos nacionais e princípio orientador da atuação dos entes estatais.<sup>43</sup>

O novo modelo jurídico que se instaura tem como principal referência a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, sendo que merecem destaque a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956.<sup>44</sup>

Assim, os países de tradição jurídica romano-germânica, iniciam um intenso processo de produção teórica e jurisprudencial que foi responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional, repercutindo nas Cartas Constitucionais de Portugal (1976) e Espanha (1978), com o findar dos respectivos regimes autoritários o que, por conseguinte, avolumaram a discussão e

<sup>39</sup> BINEMBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>40</sup> *Ibidem*, loc. cit..

<sup>41</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 357.

<sup>43</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 108.

<sup>44</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de abril de 2006. “A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de ‘Lei Fundamental’, que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha”.

influenciaram outros Estados, dentre eles, o Brasil, que teve renascido o Direito Constitucional em 1988.<sup>45</sup>

A reconstitucionalização do Brasil com a Constituição de 1988, promoveu a passagem do regime autoritário para o Estado Democrático de Direito de forma vitoriosa, sem olvidar alguns equívocos de seu texto e o excesso de emendas, é a responsável pelo período de maior estabilidade institucional de sua história republicana, mesmo tendo passado por momentos de intensa turbulência, como o impeachment do Presidente Collor, os anões do Orçamento da Câmara Federal, denúncias de esquemas de financiamento eleitoral, eleição de um Presidente de esquerda e do partido dos Trabalhadores, obviamente contrariando a muitos interesses, em nenhum momento se sabe de qualquer iniciativa de solução que não se moldasse no espectro Constitucional.<sup>46</sup>

Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso. Sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no país é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela lei maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.<sup>47</sup>

Canotilho<sup>48</sup>, citado por Flávia Piovesan, neste sentido, discorre que “*o direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios*”.

Contudo ressalte-se ainda que todo este movimento de retorno ao Direito, na expressão de Pierre Bouretz<sup>49</sup>, seja a partir dos fundamentos históricos ou filosóficos já apresentados, ou mesmo por conta das críticas sofridas nas décadas de 1960 e 1970, tanto por marxistas quanto por foucaultianos, que o viam como uma das formas de exercício da violência manifestada pela supremacia do mais forte, Gisele Cittadino<sup>50</sup> destaca que na transição dos séculos XX e XXI, a humanidade é marcada por um contexto histórico complexo em que convivem regionalismos dos mais variados gêneros e pretensões universalistas, onde a filosofia política ressurgiu centrada nas relações entre ética, direito e política, cujo principal compromisso são os ideais democráticos, uma vez parecer inconcebível a sobrevivência sem um padrão de eticidade e de justiça.

Fato é que este retorno ao mundo da ética não é mais possível a partir da concepção do individualismo, do sujeito racional solitário que, embora sua construção tenha sido fundamental para a derrocada do feudalismo a partir da sua consideração como sujeito orientado pelos seus próprios interesses.

Se não se pode conceber a idéia de comunidade democrática, que se pressupõe uma relação de cooperação entre pessoas, a partir desta concepção de indivíduo, onde o outro, também concebido da mesma forma, se torna um natural competidor/inimigo, é a intersubjetividade, as relações linguísticas que se estabelecem entre eles é que vai determinar o compromisso da filosofia contemporânea a estabelecer um entrelaçamento entre a ética e a política para a configuração da nova identidade democrática.

<sup>45</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 355.

<sup>46</sup> Luis Roberto Barroso. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. *Temas de direito constitucional*, t. I, 2. ed. 2006.

<sup>47</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo.: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de abril de 2006.

<sup>48</sup> CANOTILHO, 2000, p. 84, apud PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>49</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 141.

<sup>50</sup> Sobre esta discussão acerca do fundamento ético do Direito e da distribuição da justiça nas sociedades liberais contemporâneas, sob a perspectiva de universalistas e comunitários, C.f. CITTADINO, Gisele, *Op. cit.*, p. 75 e ss.

Desta forma, a ficção do sujeito pré-político cede lugar a considerações referentes às relações lingüísticas que se estabelecem entre os indivíduos – a intersubjetividade – marco de referência ética e política vinculada à democracia, fundamento comum às diversas concepções, seja contextualista, crítica ou neokantiana, que buscam construir um fundamento filosófico para a democracia, a partir da exigência de justiça distributiva dos bens sociais, oriundas das distintas concepções de vida digna que apregoam, embora não possa se definir fronteiras bem definidas destas novas percepções.

No entanto, a identidade não é a marca da sociedade democrática contemporânea, pois ao invés da homogeneidade e da similitude, o que a caracteriza, de fato, é a diferença, o desacordo. Os múltiplos valores culturais, visões religiosas, compromissos morais, concepções sobre vida digna, o pluralismo, não permite que o consenso confunda com a dimensão natural do agrupamento social como era na modernidade. A contemporaneidade determina que o consenso se encontre na heterogeneidade, do conflito, da diferença. É a partir destes pressupostos que liberais, comunitários e críticos deliberativos vão buscar construir respostas para as questões referentes à possibilidade de existência de consenso democrático a qualquer pluralismo, ou se apenas se possibilita haver um pluralismo razoável compatível com a democracia, bem como se o pluralismo é um valor em si mesmo ou apenas constatado.

De qualquer modo, sem se aprofundar nas premissas que fundamentam cada uma destas concepções sobre a distribuição da justiça nas sociedades contemporâneas, como já insinuado, este trabalho terá como pressuposto a visão crítica e deliberativa habermasiana, ao se conceber que nestas sociedades, tanto as concepções individuais sobre vida digna (subjetividade) quanto as diversidades das identidades sociais e de culturas étnicas e religiosas (intra-subjetividade) convergem a uma moralidade pós-convencional, a partir de uma ética discursiva que pressuponha tanto os interesses individuais quanto as perspectivas ancoradas em valores, que no entanto, não podem prevalecer em detrimento daqueles.

### **3. A reconstrução dos Direitos Humanos na segunda metade do século XX**

Apenas para fins didáticos e de precisão terminológica, neste trabalho será dada preferência ao termo “Direitos Humanos” ou “Direitos do Homem” para significar os direitos estabelecidos em tratados internacionais sobre a matéria, enquanto o termo “Direitos Fundamentais” para designar os direitos do ser humano positivados pelo Direito Constitucional de um Estado Específico.

Reforce-se que tal iniciativa decorre da observação de que grande número de respeitados autores brasileiros utilizem esta distinção, embora não se possa negar a coerência da advertência de Ramos<sup>51</sup>, em que os direitos são de todos, não havendo distinção se de origem internacional e nacional, e ainda, que sua importância vem se perdendo por conta do processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na temática dos direitos humanos, sem contar a recente edição da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, uma declaração internacional que se utiliza o termo direitos fundamentais.

Acolhendo-se o entendimento de Flávia Piovesan<sup>52</sup>, enquanto a 2ª Guerra Mundial significou a ruptura com os direitos humanos, o seu findar se transformou no paradigma de sua reconstrução e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos no marco histórico que introduz a sua concepção contemporânea caracterizada pela universalidade, agora decorrente de sua internacionalização, e da indivisibilidade.

Como se demonstrará a seguir, é a partir da reconstrução dos direitos humanos, em especial pela nova perspectiva de sua universalidade e indivisibilidade, é que se conformará o reconstitucionalismo ocidental e que fará emergir um sistema normativo internacional de proteção construído através de uma intensa edição de normas oriundas de tratados internacionais.

Os textos destas novas constituições, se constituirão de princípios abertos com elevada carga axiológica que, embora originariamente concebidos como fonte subsidiária do direito privado, transformam-se em normas impositivas integrantes dos sistemas constitucionais do mundo ocidental. Ao se fundamentarem na dignidade da pessoa humana, quando explicita seu compromisso de proteção

<sup>51</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.* p.29.

<sup>52</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. Op. cit.* p. 81.

ao ser humano e de seus valores coletivos, transforma o Direito Constitucional de mero ramo político do sistema jurídico de cada nação para o seu principal referencial de justiça.<sup>53</sup>

Enquanto a característica da universalidade se apóia no fato de que a pura e simples condição de pessoa é o requisito suficiente e necessário para conferir dignidade e titularidade de direitos a qualquer homem, em qualquer parte do globo, a indivisibilidade compreende a sua essência histórica e evolutiva, descabendo qualquer construção teórica que pretenda, por exemplo destacar os direitos civis e políticos dos direitos sociais, econômicos e culturais, por conta de sua interdependência.

### 3.1. A indivisibilidade e as dimensões dos Direitos Humanos

A clássica divisão dos direitos humanos em gerações ou dimensões<sup>54</sup>, não obstante ao entendimento diverso de insígnies estudiosos, nada demais representa uma classificação didática compreensiva do instante histórico em que sua proteção e promoção vieram ou virá significar condição fundamental para a plena satisfação das necessidades do homem, enquanto ser humano, integrante do contexto evolutivo social de seu tempo. Como bem assevera Allan Rosas<sup>55</sup>, “*O conceito de direitos humanos é sempre progressivo*”.

Conforme destaca Bonavides<sup>56</sup>, a partir da compreensão de Etienne-R Mbaya, ao demonstrar a existência de três dimensões de direitos fundadas no princípio da solidariedade, a descoberta e a formulação de novos direitos é um processo sem fim, pois quando um sistema de direitos é reconhecido, as necessidades humanas se elevam e necessitam de novos, o que se constitui uma explicação mais coerente para justificar o processo de conquista dos direitos humanos no percurso histórico da humanidade.

Ainda compartilhando da compreensão de Bonavides<sup>57</sup>, baseado na aula inaugural de Karal Vasak nos cursos do Instituto Internacional de Direitos do Homem de Estrasburgo em 1979, não se pode negar que o lema revolucionário do século XVIII, liberdade, igualdade e fraternidade, constituíram os três princípios diretivos do conteúdo possível dos direitos humanos, no que inclusive, sequencialmente profetizou sua gradativa institucionalização, aqui significando sua inserção na ordem jurídica positiva, de forma gradativa e sucessiva a partir de um processo cumulativo e qualitativo, transpassando da universalidade abstrata e metafísica do jusnaturalismo para uma universalidade material, concreta e positiva.

Discorre que assim o foi na transição do absolutismo para o Estado liberal, onde a primeira dimensão de direitos humanos, assentada na liberdade do agir do indivíduo, se institucionaliza em direitos civis e políticos, traduzidos em direitos de resistência ou oposição perante o Estado. Neste contexto, a liberdade se constitui o direito fundamental do homem, que lhe confere subjetividade de agir conforme suas convicções.

Da mesma forma, os direitos de segunda dimensão surgem a partir de intensas especulações filosóficas e políticas de cunho ideológico aventadas pelo marxismo, pelo socialismo utópico, pela doutrina social e pela igreja católica, entre outras, por conta de uma dramática situação de miséria que foi produto da exploração ilimitada da mão de obra do capitalismo liberal. Posteriormente, são positivados<sup>58</sup> a partir da constituição mexicana de 1917 e Weimar em 1919, seguidas pelas constituições marxistas, vindo a dominar as demais constituições após a 2ª Guerra.

<sup>53</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. In: (Neo)Constitucionalismo: Ontem os Códigos, Hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2 – Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004' p. 358.

<sup>54</sup> Paulo Bonavides (Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: 1997, p. 525) destaca que a substituição do vocábulo geração por dimensão possui uma vantagem lógica e argumentativa, pelo fato de não induzir, como no primeiro, a se interpretar que haja uma sucessão cronológica e a conseqüente caducidade das gerações antecedentes, como ocorreria em relação aos seres vivos. No caso dos direitos humanos há uma cumulação de direitos.

<sup>55</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. In: (Neo)Constitucionalismo. . *Op. cit.*, p. 80.

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: 1997, p. 524.

<sup>57</sup> *Ibid.*, Cap. 16, p. 514-531.

<sup>58</sup> SARMENTO, Daniel. *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 63.

Com os direitos de segunda dimensão fez-se despertar a conscientização de que tão importante quanto à prescrição da salvaguarda do indivíduo, enquanto ser isolado a concepção clássica liberal, era garantir a sua instituição de forma objetiva, a partir da proteção de valores e princípios existenciais que apenas o social proporciona plenamente, uma vez que, excetuando o direito de propriedade, os demais direitos de liberdade não são suscetíveis de institucionalização como garantia.

Assim se forma um novo conceito de direitos fundamentais que se vinculam a um conceito material de liberdade objetivada, cuja concretização deve preceder de vínculos normativos institucionais formulados a partir de valores sociais em que o Estado deve proporcionar por conta de seu assento constitucional, cuja violação represente um atentado à própria constituição.

Confirmando a ruptura com o modelo paradigmático do Estado Liberal, que se propugnava tutelar apenas os direitos e liberdades individuais, emerge-se um Estado intervencionista e planejador que responda efetivamente, às necessidades sociais sob a perspectiva de um contexto histórico-evolutivo que exige a satisfação de direitos fundamentais condizentes com esta nova realidade. Como afirma Sarmento<sup>59</sup>, tem-se a substituição da constituição garantia para o modelo de constituição dirigente, desenvolvido por Canotilho.

Denominados de direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, os direitos de segunda dimensão, que se assentam no postulado da igualdade, por serem direitos que exigem prestações materiais do Estado, como saúde, educação, condições de trabalho, etc, além de se iniciarem com uma baixa normatividade, ainda possuíram uma duvidosa eficácia, diante do discurso da carência e escassez de recursos, principalmente em países subdesenvolvidos, sem contar não possuírem os mesmos mecanismos processuais relativos aos direitos de liberdade.

Diante desta questionável juridicidade, foram relegados ao campo da esfera programática, onde as recentes constituições, como a brasileira, têm recorrido ao preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, na busca da efetivação de seus postulados.

Nas décadas finais do século XX, tem-se ainda a ocupação nos textos constitucionais de uma gama de direitos que perpassam a concepção coletiva característica dos direitos de segunda dimensão, que se relacionam com o campo da qualidade de vida homem, vindo a se caracterizarem por uma natureza transindividual, sem um titular específico, mas sim a uma série indeterminada de sujeitos.

Possuindo um conteúdo de elevado valor humanitário, partem do reconhecimento de que as desigualdades tanto entre países quanto em relação aos indivíduos de uma mesma nação devem ser diminuídas. Vindo a acrescentar aos direitos de liberdade e igualdade, os direitos que se assentam sob a fraternidade não se destinam a um indivíduo ou mesmo à determinadas coletividades específicas de um grupo ou um de um determinado Estado, mas sim ao gênero humano.

Tendentes a se consolidarem neste limiar de século XXI, estes direitos de terceira dimensão resultam o coroamento de trezentos anos de evolutiva busca pela concretização dos direitos fundamentais que se destinam tanto à fraternidade entre indivíduos quanto entre os Estados. Segundo Vasak, estes direitos correspondem a temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da comunidade.

Mbaya genericamente denomina tais direitos como “direito ao desenvolvimento”, que não se caracterizam pela fraternidade, mas sim pela solidariedade, na qual fundamenta a existência das três dimensões de direitos fundamentais.

Como bem adverte Bonavides, o processo político de globalização que as sociedades contemporâneas têm vivenciado não se verifica apenas em relação aos direitos humanos. Discorre ainda acerca do que denomina utopia do final do século: a globalização do neoliberalismo oriundo da globalização econômica.

Realça que o neoliberalismo cria mais problemas do que pretende resolver, por conta do poder negativo de sua filosofia, sem qualquer conteúdo valorativo, que se move rumo à dissolução do Estado nacional ao afrouxar o conceito de soberania sob o discurso da falsa despolitização social, que na realidade demonstra a preparação de um futuro em proveito das hegemonias supranacionais, em detrimento da servidão dos povos periféricos.

Sarmento<sup>60</sup> destaca que não se pode olvidar que a contínua aceleração do processo de globalização econômica tem colocado em risco as conquistas históricas de garantia aos direitos

<sup>59</sup> SARMENTO, Daniel. . *Op. cit.*, p. 64.

<sup>60</sup> *Ibidem*, loc. cit..

humanos, que sob o rótulo de neoliberalismo, vem retirando o homem da centralidade das discussões para se tornar mero instrumento e até descartável, para a maximização dos resultados dos agentes econômicos transnacionais.

No entanto, ao passo do processo de acumulação de direitos, acrescenta Bonavides, o nascimento da quarta dimensão de direitos, que corresponderiam à finalização da institucionalização do Estado Social. São os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, representando a máxima dimensão da universalidade para onde o mundo caminha no plano das relações de convivência da contemporânea sociedade aberta do futuro.

Esta nova dimensão de direitos resulta de uma outra globalização política: a dos direitos humanos. Esta nova dimensão de direitos, correspondente aos direitos de participação democrática, que normatizados na esfera jurídica, culmina a objetividade das dimensões de segunda e terceira dimensão e absorve a subjetividade dos direitos da primeira.

Situando-se no ápice da pirâmide formada pelas três dimensões, a democracia globalizada destina o Homem ao centro de convergência de todos os interesses do sistema, onde ao constituir-se na constante axiológica e na presença moral da cidadania, tornará possível a globalização política legitimada pela libertação dos povos.

De qualquer modo, como bem lembrado por Sarmento, também não se pode negar que na atualidade das questões relativas ao avanço tecnológico e científico, relacionada à genética e à biotecnologia, temas de inesgotável conteúdo e de profundas reflexões éticas, relacionados intimamente com a dignidade da pessoa humana e que a cada dia se tornam mais tormentosos nas reflexões diárias, também devem merecer um cuidado e uma proteção especial, uma vez que ainda não têm encontrado amparo positivo. Tratam-se, por exemplo, de questões como o descarte de embriões, aluguel de úteros e muitos outros cuja compreensão demande um consenso razoável e consistente sobre o significado de dignidade da pessoa humana.

### **3.2. A Universalidade e a Internacionalização dos Direitos Humanos**

A reconstrução teórica acerca do princípio da universalidade dos direitos humanos decorre da sua internacionalização que, em um primeiro momento, reflete as profundas transformações em que a humanidade vem passando desde a segunda metade do século XX, principalmente diante da perplexidade decorrente das atrocidades cometidas durante a segunda guerra.

Sob o magistério de Peces-Barba, Ramos<sup>61</sup> descreve que existem três enfoques tradicionais que justificam a universalidade dos direitos humanos. O primeiro, liga-se à questão da titularidade, por serem inerentes à própria condição de ser humano, independente de qualquer distinção. O segundo é o temporal, pelo fato de o possuírem em qualquer época da história. Já o terceiro, relaciona-se ao enfoque cultural, uma vez que os direitos humanos se manifestam em todas as culturas humanas.

Ainda à guisa desta concepção, destaca que em decorrência dos dois últimos enfoques decorrerem do reconhecimento do primeiro, é que a lógica determina a verificação de sua aceitabilidade no plano internacional por esta perspectiva.

Em uma primeira argumentação, destaca que a construção teórica de que os direitos humanos possuem característica universal, independente de sexo, origem étnica, credo, convicção política, nacionalidade, entre outras, foi mais uma vez legitimada pela comunidade internacional durante a Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em 1993 em Viena, onde sua Declaração, no art. 1º e no parágrafo quinto, respectivamente, estabeleceram que “a natureza humana universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas” e que “todos os direitos humanos são universais”.

Afirma que a legitimidade destas disposições se justifica plenamente por serem o resultado de quinze dias discussões em que foram envolvidas mais de dez mil pessoas ligadas a movimentos de proteção aos direitos humanos. Estavam presentes representantes de mais de 180 Estados, como também mais de oitocentas pessoas credenciadas como observadoras oficiais de organizações não governamentais e cerca de duas mil pessoas que se reuniam no “Fórum das ONGs”.

Realidade bem diversa daquela decorrente da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, onde além das oito abstenções (Bielorússia, Checoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul) as grandes potências possuíam diversas colônias na África

<sup>61</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 179.

e na Ásia que não participaram da formulação da Declaração, o que levava estudiosos como Pollis e Schwab a criticarem a pretensão de suas disposições de serem universais, onde, na realidade, expressariam, disfarçadamente, o imperialismo cultural eurocêntrico.

Reforça que diante do caráter plural dos participantes, esta Declaração admitiu que as peculiaridades locais, o contexto histórico, cultural e religioso deveriam ser levados em consideração, mas que tais peculiaridades, em nenhuma hipótese poderiam ser utilizadas para justificar violações. Cabe a cada Estado primar pela promoção e proteção de todos os direitos humanos.

É certo, como já visto, que o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos dista desde a antiguidade da filosofia grega, onde até se pode considerar que o código de Hamurabi tenha sido o primeiro a positivá-los<sup>62</sup>. Contudo, não se deve olvidar que a interpretação deste princípio denota o contexto histórico e cultural em cada sociedade. Somente a partir desta perspectiva é que se pode compreender devidamente o significado da universalidade destes direitos no decorrer da trajetória humana.

Até mesmo na contemporaneidade da humanidade este conceito expressou significados diversos. É o que se depreende da reflexão acerca da universalidade dos direitos humanos que foram propagados pela filosofia iluminista que deflagraram as revoluções burguesas do século XVIII. A partir do processo de constitucionalização no século XIX, diante das concepções de positivismo jurídico e de soberania, cada Estado, de acordo com suas convicções, vem a positivá-los em seus respectivos ordenamentos internos, concedendo ou retirando os direitos que fossem convenientes para si. Pelo que se vê, na prática, na acepção concreto do termo, os direitos humanos inspirados pelo liberalismo, ao pretenderem ser universais, acabaram por se tornar locais, por dependerem das leis internas de cada Estado.

Com a reconstrução dos direitos humanos a partir da segunda metade do século XX, a sua característica universalidade também se reconstrói. Contudo, sua incidência no plano internacional se dá de forma diversa daquela que o precedeu.

Por conta das sucessivas declarações, convenções e tratados de direitos humanos, forma-se um verdadeiro ordenamento jurídico de caráter internacional, onde tais disposições são obtidas, simultaneamente por toda a humanidade, assim como ocorreu com o tratado de Viena em 1993.

Embora a universalização dos direitos humanos não seja infensa a críticas, Ramos<sup>63</sup> cita o que descreve o especialista indiano em direitos humanos Shashi Tharoor, sustentando que *“é razoável afirmar que conceitos de justiça e Direito, legitimidade do governo, dignidade do ser humano, proteção contra a opressão ou arbítrio, participação na vida da comunidade, são encontrados em qualquer sociedade”*.

No entanto, não se pode renegar a importância da sempre atual discussão que se trava sobre a universalização dos direitos humanos por aqueles que o percebem como um discurso em busca da hegemonia ocidental em detrimento da diversidade cultural da humanidade. Argumentam que a pretensa universalização, na realidade, encobre um discurso totalitário que exige padrões comportamento a partir de sua própria concepção, que ignora o multiculturalismo e as diferenças entre os povos.

Ramos<sup>64</sup> adverte que, além das evidentes objeções alicerçadas na diversidade cultural, críticas contundentes também se encerram ao seu próprio argumento justificativo, a internacionalização.

Na esfera cultural, uma primeira objeção se realiza, quando se verifica que a visão filosófica dos direitos humanos se funda no antropocentrismo, enquanto que se predomina, em várias culturas, a visão cosmoteológica, no que levou Le Roy e Dundes Renteln a asseverar que pouquíssimos direitos constituiriam de caráter universal, como a vida e a liberdade.

Uma segunda objeção, enfatizada por Josiah Cobbah, residiria na percepção da significativa diferença na relação entre o indivíduo e sua comunidade, existentes na cultura ocidental e nas culturas asiáticas e africanas. Na maioria das sociedades africanas, os direitos da comunidade precedem os direitos individuais, o que faz tanto da propriedade quanto da riqueza sofrerem formas de apropriação coletiva, sem contar as formas de tomada de decisão que se utilizam do consenso grupal. Nas sociedades asiáticas, conforme Bilahari Kausikan e Niara Sudarkasa, o desenvolvimento histórico

<sup>62</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 81.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>64</sup> *Id.* p. 184-192.

diverso não permite que a noção do direito oriundo da tradição ocidental se adeque a complexa relação entre indivíduo e comunidade que se funda em outras concepções, como respeito, responsabilidade, auto-restrição e reciprocidade.

No aspecto relacionado à internacionalização, ao se justificar a universalidade dos direitos humanos pela sua expressiva adesão internacional, conforme ocorreu com o tratado de Viena em 1993, as críticas se voltam ao fato de que, grande parte dos países, o fazem para poder se inserirem no contexto internacional, inclusive aceitando a limitação da soberania, e até se subjugam a tribunais internacionais, a fim de obter a cooperação internacional frente a problemas transfronteiriços.

Enquanto que os países europeus ao cabo da segunda guerra mundial, a princípio, sentem a necessidade de formular mecanismos de proteção internacional aos direitos humanos, com o intuito de impedir a ocorrência das barbáries cometidas contra os judeus sob o signo da não intervenção internacional nos assuntos domésticos de cada Estado, outros países, no entanto, vêm se submetendo a estes regramentos para poderem adquirir legitimidade política internacional após os regimes autoritários de constantes violações aos direitos humanos, como assim ocorreu com o Brasil.

É evidente, que tal ocorre não só com o mais puro compromisso de se banir as violações sistemáticas que o Brasil, como outros países, têm aderido a tratados internacionais de direitos humanos, à jurisdição de cortes internacionais e até ao Tribunal Penal Internacional. Se assim o fosse, não mais se teria lutas no campo, violência policial, fome e miséria.

Mas sim, para poder buscar modificar suas respectivas imagens no cenário internacional e firmar relações entre as nações a partir de um pretenso diálogo ético para atingir outros interesses no campo político e econômico, muito mais em uma realidade de globalização econômica em que os investidores internacionais necessitam de garantias mínimas para que seus interesses não corram riscos.

Contrapondo a esta perspectiva, não se pode deixar de considerar também a movimentação da sociedade civil organizada e também de grupos progressistas que buscam, através da internacionalização dos direitos humanos, a alternativa para a minimização das desigualdades sociais e da proteção da dignidade da pessoa humana muitas vezes de difícil alcance nos planos legislativos internos ou mesmo de conseguir que se tornem eficazes.

Neste aspecto, muito bem acentua Boaventura ao discorrer que, embora o discurso dos direitos humanos, imediatamente após a Segunda Guerra Mundial tenha sido integrante da política da guerra fria, após a perda do referencial ideológico revolucionário e socialista, as forças progressistas, que antes percebiam o discurso dos direitos humanos com grande reserva e suspeição, a partir do findar do século XX, paradoxalmente, têm buscado na internacionalização dos direitos humanos o discurso emancipatório. *“É como se os direitos humanos fossem invocados para preencher o vazio deixado pelo socialismo ou, mais em geral, pelos próprios projetos emancipatórios”*.<sup>65</sup>

Embora Ramos concorde que é de uma extrema dificuldade reconhecer a universalidade dos direitos humanos em um mundo, onde os interesses dos Estados em muitos casos não são os mais nobres, e ainda, caracterizado por gritantes diversidades culturais, que bem pode ser exemplificada pela existência de sociedades que vêm no casamento não o acordo entre dois indivíduos, mas uma aliança entre famílias, sustenta que a teoria geral dos direitos humanos não pretende ser uma cosmovisão ou abranger todas as facetas da vida social.

Os argumentos que lhe atribuem caráter cultural estritamente ocidental europeu, e daí não universal, perdem todo e qualquer sentido quando se atém que a origem antropocêntrica das primeiras cartas de direitos humanos, resultantes das revoluções liberais na Europa e nos Estados Unidos, é um dado meramente histórico. Naquele contexto, representaram a luta política contra o absolutismo reinante no ocidente à época. Aliás, sua característica de conquista política, bem se expressa desde a sua origem, vez que, em seu início, o que era apenas a luta pela ruptura com a tradição autoritária absolutista, desenvolve-se para muito além do que se imaginara, a exemplo da igualdade entre os sexos que sequer se cogitava.

Os direitos humanos são conceitos jurídicos-normativos que, desde as revoluções liberais, sempre foi objeto de conquistas resultantes de intensas disputas políticas, cujo escopo sempre foi o de

---

<sup>65</sup> SANTOS, Boaventura Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Boaventura Souza Santos, organizador. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 25.



proteger a liberdade do homem em sua sociedade, sem pretender competir ou substituir qualquer tipo de convicção, seja ela filosófica, religiosa ou cultural, às quais, além de poderem se alteradas outras percepções podem surgir.

Não há como negar que, na atualidade, os direitos humanos se contrastam com diversas culturas e tradições religiosas até mesmo no ocidente, embora em uma dimensão menor ao se comparar, por exemplo, com algumas tradições mulçumanas ou no sistema de castas indiano. Por conta disso, não se quer dizer que o caráter universal dos direitos humanos expressa uma forma de colonialismo sacrificador da diversidade cultural com a ingerência estrangeira ocidental nos assuntos internos.

O multiculturalismo e a liberdade religiosa, na realidade, também compõem o rol de proteção de direitos humanos e devem ser respeitados *per se*. O que se deve combater é o véu de nebulosidade que se emprega à discussão, desmascarando as justificativas culturais de violação à dignidade da pessoa humana que, na realidade, como sintetiza Tharoor, “*as condutas violatórias a direitos humanos carrega forte acento totalitário, na media em que pode significar a coerção daqueles que, embora membros da comunidade, não mais se identificam com seus valores*”.<sup>66</sup>

#### 4. O Pós-Positivismo: O Direito dos Princípios

Como visto desde a introdução deste ensaio, o neoconstitucionalismo, momento histórico e teórico em que o Direito hoje vivencia, tem no pós-positivismo o seu marco filosófico.

Segundo Barroso, esta denominação tem a pretensão de caracterizar um ideário difuso, resultado de um amplo e inacabado conjunto de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, onde se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras da nova hermenêutica e teoria dos direitos fundamentais.<sup>67</sup>

Segundo Sarmento<sup>68</sup>, trata-se de uma era em que se vê prevalecer o “personalismo”, doutrina filosófica desenvolvida pelo francês Emmanuel Mounier a partir da década de 1930, pela qual se “*busca uma solução de compromisso entre as concepções individualista e coletiva*”, principalmente no contexto contemporâneo, onde não mais se concebe o Homem como um ser sem raízes que cuida de forma egoística de seus interesses em uma sociedade caracterizada pela individualidade, como também não mais se concebe a visão oposta de sua trans-personalidade nos moldes de uma visão organicista, que vê o Homem como uma parte de um todo social, cujos interesses individuais devem ser sacrificados em benefício da coletividade.

O homem pós-moderno, dentro da concepção pós-positivista é um valor em si mesmo superior ao Estado e a qualquer organização social que se integre, embora seja um ser real que concretamente está situado historicamente e geograficamente e que compartilha dos valores e das tradições com aqueles com os quais convive. “*É o homem que não apenas vive, mas convive*”.<sup>69</sup>

O pós-positivismo, pelo que se depreende da lição de Bonavides<sup>70</sup>, corresponde à elevação dos princípios, originariamente concebidos como fonte subsidiária do direito privado, em normas impositivas com acentuada hegemonia axiológica que fundamentam os novos sistemas constitucionais do mundo ocidental.

A elevação dos princípios à órbita constitucional e a constatação de sua eficácia normativa, para Luiz Roberto Barroso, é uma das características mais marcantes, do neoconstitucionalismo.

Como se depreende da leitura realizada até o momento, a elevação dos princípios de fonte subsidiária do direito privado à órbita pública constitucional, foi o resultado do intenso processo reflexivo em que o Direito foi submetido após a 2ª Guerra Mundial, diante da repugnante constatação de que a vida humana, nos moldes em que o Direito se assentava, não possuía a proteção necessária para evitar a sua descartabilidade. Aliás, por mais mórbido que possa parecer, foi o próprio Direito que conferiu legitimidade a barbárie, a destruição e à banalização do mal e da vida humana.

<sup>66</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 194.

<sup>67</sup> Luis Roberto Barroso. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>68</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>69</sup> *Ibidem*, loc. cit..

<sup>70</sup> BONAVIDES, PAULO. *Op. cit.*, p. 237.

A fim de se evitar outros eventos desta natureza, é que além de se reconstruir as concepções teóricas dos Direitos Humanos, também lhe foram dadas uma dimensão internacional a se firmar como paradigma e referencial ético a orientar a nova ordem contemporânea, fundada na cooperação e na solidariedade. Assim é que surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos como preocupação dos atores estatais e não-estatais sobre a forma pela qual os habitantes de outros países são tratados, cabendo a rede internacional dos direitos humanos redefinir o que consistiria matéria de exclusiva jurisdição interna dos Estados.<sup>71</sup>

A normatividade dos princípios, conforme se depreende da leitura de Paulo Bonavides<sup>72</sup>, percorreu três fases distintas, a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Na fase jusnaturalista, os princípios apenas inspiravam o Direito, oferecendo-lhe a carga ética e valorativa, pois se situavam no campo metafísico.

Na fase positivista, os princípios ingressam nos códigos e nas leis como fonte normativa subsidiária para garantir a completude e coesão do sistema, nos casos de lacunas.

Na fase pós-positivista, os princípios se elevam para o plano constitucional e se tornam os responsáveis pela base em que se sustenta todo o arcabouço jurídico vigente.

Toda a ênfase que nas últimas décadas têm se depreendido sobre as reflexões tanto da idéia quanto da definição dos princípios em todas as áreas do saber humano, de forma alguma deve ser compreendida como um evento característico da contemporaneidade. Aliás tal entendimento se mostraria no mínimo ingênuo. O que diferencia a discussão atual de todas as outras que se depreenderam ao largo da história da humanidade, reside no enfoque pelo qual os estudiosos lhe dão a cada contexto a que se inseri o pensamento humano.

À guisa deste entendimento, como bem assinala Flávia Piovesan<sup>73</sup>, desde a “Metafísica” de Aristóteles se tem os princípios como o fundamento do objeto a ser estudado. A filosofia contemporânea mais aceita tem atribuído quatro acepções ao princípio: A ontológica, que encerra uma relação de dependência entre o princípio e o que dele deriva; a acepção lógica, que encerra uma relação de gênero e espécie do que dele advém; acepção cronológica, que encerra uma relação temporal entre instante anterior e posterior; acepção normativa, onde o princípio exerce a função de diretriz da norma positivada, sendo seu fundamento e validade.

É a partir desta acepção normativa, corroborada com a acepção lógica, que os juristas têm se valido para fundamentar a força normativa dos princípios explícitos e implícitos integrantes do texto constitucional, o que vai determina que a Constituição se assente como matriz diretiva da unidade do ordenamento jurídico, bem como de uma interpretação principiológica de todo o ordenamento a partir da dignidade da pessoa humana. “*É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo*”.<sup>74</sup>

Os princípios, na visão pós-positivista, não se caracterizam como inspiração ética e valorativa do Direito como na concepção jusnaturalista ou como os princípios gerais do direito, previstos como fonte subsidiária privada na interpretação jurídica da Escola Positivista, como se vê previsto na Lei de Introdução do Código Civil no Brasil, mas sim, como “*fonte primária por excelência do Direito, elementos primeiros a serem levados em conta quer pelo legislador, quer pelo aplicador da lei ao caso concreto*”.<sup>75</sup>

A atual construção doutrinária que confere vigência normativa aos princípios, segundo Flávia Piovesan, se fortifica a partir da construção de Karl Larenz em seu “*Derecho Justo, fundamentos de Ética del Derecho*”, pelo fato de compreender a ciência jurídica sem tender para o positivismo ou para o jusnaturalismo, mas sim para além destes, pois o que se considera princípios de direito justo, possui vigência normativa como qualquer texto de lei, principalmente se forem da esfera constitucional, o que em muito corroborou para a idéia de uma doutrina de princípios. “*cuando un ordenamiento, como ocurre con el nuestro, há elevado determinados principios al rango*

<sup>71</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos. Op. cit.*, p. 60.

<sup>72</sup> BONAVIDES, PAULO. *Op. cit.*, p. 228.

<sup>73</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 362.

<sup>74</sup> *Ibidem*, loc. cit..

<sup>75</sup> *Idem*.

*constitucional, basta que se compruebe que una norma es inconciliable con tales principios para que haya que rechazar su validez”.*<sup>76</sup>

É a partir desta construção que emerge a sustentação de que a interpretação jurídica não pode se ater às concepções clássicas do positivismo ou do jusnaturalismo. O norte a se orientar o interprete será o do sentido extraído dos princípios integrantes do sistema unitário constitucional assentado na dignidade da pessoa humana. De uma fase metafísica e abstrata, passando por um estágio de fonte subsidiária, os princípios no pós-positivismo ganham o *status* de direito.

Diante das conclusões apresentadas até então, onde já se constatou a transformação do Direito a partir da segunda metade do século XX, bem como o desvelar de que as suas normas compreendem regras e princípios, onde estes últimos, se abrigam nos textos constitucionais com força imperativa, dirigindo e conformando todo o sistema jurídico, resta ainda refletir acerca das consequências que estas transformações fizeram operar na realidade concreta.

Sem a pretensão de pontuar todas essas consequências, e obviamente nem mesmo buscar esgotar todas as possibilidades encontradas, considerar-se-ão duas de importância inquestionável: o caráter dirigente da constituição e os conflitos normativos decorrentes desta nova conformação das normas integrantes do texto constitucional.

## **5. A ponderação de interesses no Constitucionalismo Normativo e Dirigente Contemporâneo**

O *status* constitucional contemporâneo é o resultado das críticas que se avolumaram ao conceito de constituição formal elaborado pelo positivismo, que se culmina com as formulações da Teoria pura do Direito de Kelsen, fundadas a partir da concepção clássica da Constituição do liberalismo do século XIX. O que foi instrumento jurídico de mudança para o Estado burguês se transforma em mera folha de papel, nos dizeres de Lassalle<sup>77</sup>, a partir da crise que se instaura pela sua incapacidade de acompanhar as transformações sociais.

A Constituição para os positivistas é um mero instrumento jurídico que tem por fim estabelecer uma rígida separação entre Sociedade e Estado, devendo expressar juridicamente o compromisso do Poder Estatal com a liberdade de seus indivíduos.

Sob o magistério de Bonavides<sup>78</sup>, verifica-se que a consequência prática dessas formulações, que inclusive foi explicitado pelo próprio Kelsen<sup>79</sup>, é que tanto o Estado quanto o Direito, são uma mesma categoria de ordenação normativa por serem um sistema ideal de normas, onde qualquer conceituação é uma definição do Direito, assim o Estado é essencialmente uma ordem jurídica.

Destaca que este formalismo ao validar todo o conteúdo constitucional, desde que devidamente observado a respectiva forma, faz coincidir os conceitos de legalidade e legitimidade, ou seja, todo ordenamento jurídico ou estatal é legítimo desde que tenha seguido os trâmites legais, uma vez que, tanto o constituinte originário quanto o derivado, é dotado de competência para modificar ou reformar a Constituição, não possuindo limites materiais para o exercício desta função.

A ordem jurídica soberana pode receber qualquer conteúdo. Como mesmo teria explicado Kelsen<sup>80</sup>, até a introdução da escravidão como instituto jurídico se encontra naturalmente no âmbito de possibilidades de uma ordem jurídica.

Na visão positivista, a noção clássica do poder constituinte originário decorre do conceito-chave de norma fundamental, produtora e legitimadora de todo o sistema jurídico e que, inclusive, converte-se em referencial último na hierarquização dos graus de suas normas. É através desta norma fundamental que o sistema ideal de normas, como visto, denominado Estado ou Direito, se liga ao mundo dos fatos.

A norma fundamental hipotética é o pressuposto básico da Constituição, que por sua característica neutra e apolítica, não possui nenhum conteúdo, que nos dizeres de Ehmke<sup>81</sup>, converte-se

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 372.

<sup>77</sup> Lassalle, in was nun? Zwitter Vertrag über Verfassungswesen, 1863, in *Klassiker der Politik*, XV 1826, pp.148 e ss *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 147-156.

<sup>79</sup> Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 87 e *das Problem der Souveränität*, p.44 *apud ibidem*, p. 151.

<sup>80</sup> Hans Kelsen, *Dos Problem der souveränität*, p.44 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 151.

em uma Constituição em branco, apta a receber qualquer conteúdo que tenha por fim organizar o poder e exteriorizar formalmente os direitos. É diante desta construção é que não há como negar que o Estado Nacional Socialista de Hitler era um Estado de Direito.

Das críticas contundentes ao formalismo exacerbado do positivismo, destaca a de Heller<sup>82</sup>, ao dizer haver em Kelsen um a “*Teoria do Estado sem Estado*’ e uma *‘Teoria do Direito sem Direito*’, onde a pretensa emancipação do Direito em relação à realidade política, resultou não só em despolitizar o Estado senão em desestatizá-lo; resultou não em fazê-lo livre de valores senão em ‘desvalorizá-lo’”.

O formalismo e a rigidez da Constituição positivista fazem com que coincidam os conceitos formal e material, não possibilitando sua sintonia com a realidade que se propõe a organizar e regular. Sua interpretação e aplicação é uma operação lógica subsuntiva e nunca um ato criador, aperfeiçoador ou conformador com a realidade fática. Somente ao legislador constituinte cabe modificá-la e não o intérprete.

A partir da constatação de que o próprio Direito se convertera em uma das principais causas de “legitimação” da barbárie e do menosprezo pela dignidade do homem, é que se vê acelerar o processo de reconstrução teórica do próprio do Direito, o que, necessariamente vai repercutir em todas as suas expressões, notadamente no Direito Constitucional.

A história demonstra que o constitucionalismo do mundo ocidental na segunda metade do século XX, mais precisamente do continente europeu, o papel que a Constituição desenvolvia em seus respectivos Estados era bem diverso deste que hoje se percebe em franca consolidação, onde uma das conseqüências imediatas de todo o processo de reconstrução do Direito foi a reconfiguração do constitucionalismo.

De forma bastante evidente se mostra a realidade de que o mundo, após a Segunda Guerra Mundial, não é mais o mesmo.

As nações da porção ocidental da Europa ao reconstruírem os modelos teóricos de seus Estados, a partir da convicção de que a dignidade da pessoa humana deveria se firmar como centro de tudo que se construísse a partir de então, têm em suas novas Constituições, sob o a influência direta das discussões que se culminaram com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o marco inicial do processo de Universalização dos Direitos Humanos que, ao final, acabam por determinar a reconfiguração constitucional das demais nações, principalmente da América Latina.

Há que se bem entender que este marco histórico vai culminar o início do processo de Universalização dos Direitos Humanos, assim influenciando, diretamente, apenas a reconstitucionalização européia.

Embora não se possa negar que os fundamentos teóricos dos Direitos Humanos tenham exercido um papel relevante na inspiração do processo de recondução democrática e na reconstitucionalização de diversos países, como já visto, a consagração dos direitos inerentes à essência própria do ser humano não foi um acontecer universal espontâneo. Tiveram local e data para seu surgimento a partir de conquistas políticas decorrentes das necessidades que emergiram para determinado povo em dado contexto.

Repita-se mais uma vez, a constatação de extremas violações à dignidade da pessoa humana fizeram com que a humanidade refletisse profundamente tanto sobre as causas como na adoção de mecanismos que fossem capazes de evitar novos eventos desta natureza, o que culminou com a criação da ONU e da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, com uma participação significativa de nações de culturas o mais diversas possíveis.

Contudo, não se pode olvidar que inúmeros são os interesses que motivaram os dirigentes estatais, tanto naquele momento quanto no decorrer histórico subsequente a se obrigarem, paulatinamente, à sua observância, a partir de suas adesões deliberadas. Mesmo que os interesses e as necessidades que os tenham motivado sejam de conteúdo diverso, deve-se considerar que os Direitos Humanos são conceitos jurídicos-normativos.

De qualquer modo, o novo modelo Constitucional que surge de todo este contexto, tem no pós-positivismo seu fundamento filosófico, assim integrando seus textos de uma gama elevada de princípios abertos dotados de grande densidade axiológica, determinando uma nova compreensão do

<sup>81</sup> Host Ehmke, Grenzen der verfassungsänderung. Berlin,, 1953, pp. 27 a 33 *apud Idem*.

<sup>82</sup> Herman Jeller, Staatslehre, Leiden, 1934, pp. 52, 55 e 198 *apud Ibidem*, p. 150.

Direito como um todo, ou seja, de princípios que decorrem tanto da inspiração do conteúdo da Declaração dos Direitos Humanos e dos diversos documentos subsequentes, como da necessária absorção do caráter jurídico-normativo que possuem.

Como marco teórico, se observa o caráter normativo e dirigente das Constituições contemporâneas, acarretando a expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática de sua interpretação, que será acompanhado pelos países latino-americanos e pelo Brasil, a partir da democratização política, pois o regime ditatorial pelo qual estavam submetidos, possuía concepções totalmente diversas.<sup>83</sup>

A partir da centralização da dignidade da pessoa humana como fundamento e fim no fenômeno de (re) criação dos Estados contemporâneos, as bases pelas quais os novos modelos constitucionais os estabelecem, impõem-se a discutir acerca de inúmeras questões até então já assentadas na teoria constitucional.

Até mesmo o conceito<sup>84</sup> de Constituição material<sup>85</sup>, que originariamente concebido pelos liberais como instrumento jurídico responsável a determinar “*a forma de Estado, a forma de governo e o reconhecimento dos direitos individuais*” entra em crise, a partir do momento em que se percebe o crescimento das normas que são consideradas materialmente constitucionais ao longo do século XIX e XX<sup>86</sup>, culminando com uma concepção que lhe define como “*o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais, tudo quanto o for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política*”.<sup>87</sup>

Assim é que se depara com os textos constitucionais contemporâneos, no qual o brasileiro é um exemplo significativo, que fixam novas estruturas e bases vinculadas à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), trazendo objetivos como os de erradicar a pobreza e reduzir desigualdades (art. 3º III), além de fixar programas, diretrizes e prioridades para o Poder Público, como aplicação de recursos em educação, saúde, saneamento, moradia, formulando política de Estado e estabelecendo metas de atuação para o Poder Público, o que vem sofrendo acirradas críticas pela onda neo-liberal que vem se estabelecendo no contexto mundial de globalização econômica do final do século XX e início do XXI sob o argumento do engessamento da ação política do Estado.<sup>88</sup>

É diante deste contexto sócio-econômico que esta nova conformação constitucional dirigente necessita da sustentação teórica que seja capaz de lhe atribuir a normatividade que de fato, possibilite-se realizar o desenvolvimento programado, principalmente em países com desigualdades sociais latentes como o Brasil.

Para Bonavides<sup>89</sup>, Dworkin, ao analisar criticamente o positivismo, caracterizado pelo “tudo ou nada” de suas normas, foi quem melhor conseguiu, em um primeiro momento, caracterizar o novo ângulo de normatividade aos princípios, ao demonstrar que tanto uma constelação de princípios, quanto uma regra positivada, impõe obrigação legal.

Contudo, não renega a contribuição que outros estudiosos realizaram para a formulação de Dworkin, enaltecendo os trabalhos iniciais de Boulanger, Esser, Betti, Bobbio, entres outros, e mais, recentemente, de Robert Alexy e de publicistas espanhóis e italianos.<sup>90</sup>

Destaca ainda, a contribuição de Bobbio que bem elucida os posicionamentos daqueles que negam e asseveram o caráter normativo dos princípios.

<sup>83</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos. Op. cit.*, p. 357.

<sup>84</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>85</sup> Doutrinariamente, o conceito de Constituição se subdivide em formal e material, sendo este, destinado a caracterizar os interesses que, cuja relevância, majoritariamente, são considerados de âmbito constitucional, enquanto aquele se destina a caracterizar as demais matérias que se encontram no texto constitucional não por conta de sua relevância para a instituição política do Estado, mas sim, por conta de uma opção política, lhe conferir valor superior.

<sup>86</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Op. cit.*, p. 18.

<sup>87</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>88</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Op. cit.*, p. 16.

<sup>89</sup> BONAVIDES, PAULO. *Op. cit.*, p. 237.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 237-266.

os primeiros usam o termo princípio na acepção estrita, para designar ou enunciar tão somente os chamados valores que inspiram um sistema jurídico, como princípio da igualdade, o da solidariedade ou o da livre iniciativa, ao passo que os segundos usam o termo norma em sentido amplo, compreendendo todo enunciado que contenha uma orientação ou impulso dirigido à ação.<sup>91</sup>

Com a positivação dos princípios nas Constituições, perde-se a clássica e alegada indeterminação para retirar-lhes o sentido normativo, bem como o caráter de programaticidade esculpida pela hermenêutica tradicional, realizando uma revolução jurídica nos anais do constitucionalismo da segunda metade do século XX, transformando os princípios gerais em princípios constitucionais.<sup>92</sup>

A característica fundamental do novo constitucionalismo é o pós-positismo, cujo principal atributo reside na constitucionalização dos valores fundamentais do ser humano, através dos princípios que deles se originam. Desta forma, os princípios se transformaram no fundamento axiológico e diretivo de toda ordem jurídica, o que determina a sua compreensão não apenas com lei em si, mas como todo o Direito.

O novo modelo de Estado de Direito, faz com que se realize uma releitura de todo o sistema jurídico, uma vez que a Constituição, integrada de princípios com força normativa, se põe ao centro de todo o ordenamento, e se torna o fundamento e o filtro de toda a legislação constitucional. “*Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições*”.<sup>93</sup>

Diante da constatação de que os princípios, além de possuírem normatividade, também são o fundamento axiológico e diretivo de toda a ordem jurídica, torna-se necessário compreender suas características peculiares.

Assim é que o caráter normativo-dirigente da constituição, que não pretende ser apenas um instrumento jurídico mas também político, torna-se um dos pontos centrais das discussões que se travam tanto na doutrina quanto na jurisprudência, para que a Constituição não se torne apenas um pedaço de papel como denunciou Lassale, tal como ocorreu no liberalismo clássico e, efetivamente, seja compreendida como um importante instrumento de desenvolvimento social.

Contudo, também não há que se iludir que a Constituição dirigente, por conta de suas normas cogentes, por si terá plena condição de realizar tecnocraticamente os grandes projetos políticos que se pressupõem ser da vontade de todos. Como bem enfatizado por Bahia<sup>94</sup>, recorrendo a Menelick de Carvalho Netto, à Constituição cabe canalizar e viabilizar a democracia.

Discorre que não se pode esperar que ela consiga tratar politicamente os assuntos políticos e economicamente os assuntos econômicos sem considerar o jogo democrático e a condução concreta das políticas econômicas e sociais, pois se assim não o for, fatalmente se terá efeitos opostos aos almejados, acarretando o desprestígio da Constituição e a determinação da ineficácia de suas normas, conclusão que até mesmo Canotilho chega na segunda edição de obra, *Constituição dirigente e Vinculação do Legislador*.

Assevera que, assim como pressupõe Habermas, o que deve ser considerado primordial para a democracia nas complexas sociedades contemporâneas, diante do gradativo aceleração de sua evolução social, é assegurar uma permanente abertura aos influxos comunicativos da tematização pública, diante da crescente demanda por novas pretensões de direitos, oriundas das mais diversas perspectivas do que seja qualidade de vida, que em muitos casos podem se opor entre si e até mesmo à concepção dominante já cristalizada.

Assim é que se observa na contemporaneidade, diante da complexidade dos Estados, o despontar do Direito Constitucional material<sup>95</sup>, essencialmente jurisprudencial, cuja potencialidade de abertura, supera a singularidade dogmática-formal e repercute em todos os seus ramos, promovendo um verdadeiro processo de constitucionalização de todo o Direito.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>92</sup> *Id.*, p. 232.

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Op. cit, p. X.

<sup>94</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Op. cit, p. 313, nota de rodapé.

<sup>95</sup> OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição Constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. In: (Neo)Constitucionalismo: Ontem os Códigos, Hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2 – Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004, p. 285.

O Direito Constitucional ao se elevar da tradicional classificação de ramo político do sistema jurídico de cada nação para se tornar principal referencial de justiça, assume posição suprema e garantidora dos direitos fundamentais, faz com que se necessite construir uma hermenêutica constitucional diversa daquela inaugurada por Savigny em lógica, histórica, gramatical e sistemática.<sup>96</sup>

Ohlweiler<sup>97</sup>, parafraseando o pensamento de Peña Freire descreve que a Constituição de 1988 submete o exercício da Administração Pública à dimensão de Estado que ela própria determina, através valores integrados aos princípios e as regras normatizadas que têm por objetivo o alcance de diversos fins políticos e jurídicos, pelos quais devem ser os critérios de orientação hermenêutica do Poder Público.

A Constituição canaliza e viabiliza a democracia, mas se se espera que ela, unicamente por suas normas, possa substituir, apenas a título de exemplo, o tratamento político dos problemas político e cuidado econômico das questões econômicas por imperativos constitucionais cogentes que dispensem o jogo democrático e a condução concreta de políticas econômicas e sociais, terminar-se-á por pagar o preço do incremento da desestima constitucional a corroer toda a sua potencial força normativa e a gerar a ineficácia de suas normas, produzindo, na prática efeitos opostos aos almejados. Como mostra Habermas (*Era das transições*, p. 167), a Constituição, se representa um marco histórico (passado), relaciona-se com o tempo também na dimensão do futuro, isto é, de sua realização. O desgaste do paradigma do Estado de Bem-Estar nos mostra os limites do Direito, o limite das normas, que não são capazes de, por si, realizar o que quer que seja.<sup>98</sup>

### 5.1. A imperatividade das normas constitucionais

Enquanto que na formação do Estado de Direito importou uma revolução na relação entre o Poder e o Direito, onde que, em oposição ao arbítrio do soberano, institui-se o princípio da legalidade, submetendo-se todo poder, toda autoridade, todo o governo *per lege e sub lege*, cuja legitimidade se orientava pela vontade geral emanada da máxima expressão da lei, no Estado Democrático de Direito, até a própria lei também é submetida um poder ainda superior, a Constituição. É a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional.

El paso del Estado legislativo al constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones, que pasarán a integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible, en línea de principio, para todos los poderes del Estado.<sup>99</sup>

Desta forma, a característica fundamental do novo constitucionalismo reside na constitucionalização dos valores fundamentais do ser humano, através dos princípios que deles se originam. Assim, os princípios se transformaram no fundamento axiológico e diretivo de toda ordem jurídica, o que determina a sua compreensão não apenas com lei em si, mas como todo o Direito.

Solidarizando-se com o entendimento de Barcelos<sup>100</sup>, a caracterização da imperatividade das normas constitucionais, a partir de uma perspectiva formal e positiva, precede de duas afirmações: constitucional será toda norma que estiver expressa na Constituição e que todas essas normas são jurídicas.

Entende-se por norma uma imposição que pretenda realizar algum efeito na realidade fática, onde sua juridicização lhe confere a capacidade de impor a realização deste efeito pela força, caso não ocorra de forma deliberada.

<sup>96</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Op. cit, p. 360.

<sup>97</sup> Ibid, p. 312.

<sup>98</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. In: SAMPAIO. Crise e desafios da Constituição, p. 282. *Apud* BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Op. cit, p. 313.

<sup>99</sup> PEÑA FREIRE, Antônio Manoel. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid: Trota, 1997, p. 48 *apud* OHLWEILER, Leonel. Op. cit, p. 299.

<sup>100</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Op. cit, p. 31-57.

Pelo que se depreende, as normas jurídicas, pelas quais o Direito é composto, tem por finalidade a realização da justiça e da pacificação social, a partir de valores imanescentes da sociedade onde opera e que se expressam pelo conteúdo que carregam.

É da simplicidade desta lógica que se poder assegurar que o Direito não é um fim em si mesmo, mas tão somente instrumento para a realização destes valores imanescentes à própria sociedade que o configura.

No Estado de Direito, independente da origem do valor em que se assenta o conteúdo da norma jurídica (religioso, moral, econômico), a partir de sua vigência, passa a obrigar a todos ao seu fiel cumprimento, inclusive o próprio Poder Público, de onde decorre a necessidade de se estabelecer mecanismos estatais para impor sua obediência, caso seu efeito não seja realizado voluntariamente.

Assim a eficácia jurídica pretendida, em caso de não ocorrência voluntária, ou seja, quando uma determinada norma é desrespeitada, pode ser exigida perante o Poder Judiciário, que é a instituição responsável pela imposição de sua observância de forma coativa.

De uma forma geral, as normas jurídicas para poderem incidir no mundo dos fatos com plena imperatividade, além de, objetivamente, pretenderem surtir efeitos na realidade concreta, devem possuir eficácia jurídica, ou seja, determinar uma consequência prática e exigível em caso de seu descumprimento, e ainda, possuírem tutela judicial adequada e correspondente que torne possível sua exigência ao Poder Judiciário para que respectiva consequência jurídica possa ser implementada.

Tendo em vista que as normas constitucionais também são normas jurídicas, obviamente que a sua imperatividade depende da observação destes critérios. Contudo, não se pode negar que as normas constitucionais possuem peculiaridades<sup>101</sup> (superioridade hierárquica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político), que determina um maior cuidado na apreciação e nas adaptações necessárias.

Como já visto, a doutrina contemporânea tem classificado as normas jurídicas, quanto à estrutura, de princípios e regras. No entanto, há muito, constitucionalistas brasileiros<sup>102</sup> vem classificando as normas constitucionais conforme a sua capacidade de produzir efeitos de forma autônoma, sem a intervenção legislativa. Não menosprezando tais classificações, uma vez possuírem validade e utilidade aos fins que se prestam, não se pode desconsiderar que a categoria princípios e regras apresentam uma superposição quando elas se utilizam do critério eficácia, pelo fato de que, a diferença na estrutura repercute sobre a eficácia de cada uma dessas espécies de norma.

De qualquer forma, o que resta neste momento compreender é que as normas constitucionais, como qualquer norma jurídica, são dotadas de imperatividade, porém diante de sua posição de supremacia hierárquica e do caráter particular que se reserva à Constituição, carregam por si a função específica de dirigir o ordenamento jurídico do Estado.

## **5.2. O Neoconstitucionalismo e a interpretação do direito frente à colisão de interesses fundamentais**

Do que se depreende até o momento, as sociedades contemporâneas têm buscado reformular o Direito a partir de uma compreensão que possibilite reaproximá-lo da noção justiça, o que só é possível, se for concebido não apenas como instrumento de proteção, mas sobretudo de viabilização da dignidade do ser humano.

Para conferir a primazia da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos nacionais, outra alternativa não houve senão a da constitucionalização dos Direitos Humanos, diante da nova dimensão conferida às suas características de Universalidade e Indivisibilidade.

Consequência imediata deste processo, foi a elevação dos princípios ao plano constitucional no que, para exercerem efetivamente a finalidade pela qual foram dispostos, foram revestidos de normatividade, assim dividindo com as regras, o papel de regular juridicamente, as relações sociais e, em específico, regular e dirigir os Estados.

<sup>101</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Op. cit, p. 38, nota de rodapé.

<sup>102</sup> Confira síntese destas classificações em BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 40-43.



A partir desta nova conformação do Direito, por conta das características peculiares desta nova composição de sua estrutura, tornou-se óbvio que as construções teóricas que se prestaram a estabelecer os critérios para sua interpretação e aplicação também necessitaram de adequação.

Reside nesta necessidade, as discussões que a cada dia se tornam mais presentes na doutrina e na jurisprudência, sobre as colisões entre princípios e os conflitos entre regras, principalmente em um plano constitucional que não se contenta em apenas servir de um referencial ético, mas sobretudo, dirigente jurídico e político institucional, no que se necessita buscar reduzir o voluntarismo e o arbítrio na interpretação e aplicação do direito

Recorrendo como literatura básica a obra de Barcellos<sup>103</sup>, verifica-se que as decisões jurídicas que venham superar os conflitos normativos válidos devem demonstrar conexão com o sistema jurídico e nas hipóteses em que várias conexões sejam possíveis, que esta decisão possua racionalidade justificada e motivada.

Para tanto é que se torna necessária a utilização da técnica da ponderação, não concebida simplesmente pelo caráter usual de seu termo, mas sim, como uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais de solução de antinomias que empregam a lógica subsuntiva.

Antes de enfrentar a celeuma decorrente da interpretação e aplicação do Direito no contexto do neoconstitucionalismo em si, cumpre-se realizar algumas observações importantes sobre a distinção entre enunciado normativo e norma, sobre a distinção estrutural e funcional entre princípios e regras para que, finalmente se possa se apontar critérios de solução para os conflitos das normas constitucionais.

### 5.2.1 Enunciados normativos e normas

Embora possa até parecer contraditório, esta distinção não foi observada desde o início deste texto propositalmente, pois sua inobservância para temática então tratada não oferecia nenhum prejuízo sério, sem contar que também é dispensada por diversos autores, a não ser quando o assunto em pauta é a interpretação jurídica. Embora o reconhecimento desta distinção não seja uma descoberta nova, como já visto no capítulo 2 deste trabalho, onde até Kelsen assim já entendia, seu interesse pela doutrina é bastante recente.

O enunciado normativo corresponde ao texto contido em cada documento legal de forma expressa ou implícita. Já a norma irá corresponder ao resultado derivado da aplicação deste enunciado normativo a um caso concreto. Um exemplo bem elucidativo é trazido por Barcellos<sup>104</sup>:

O art. 5º, LXIII, da Constituição de 1988 registra que 'o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado'. Este é o enunciado normativo. A norma que mais evidentemente se extrai desse enunciado produz-se nas seguintes circunstâncias, já rotineiramente conhecidas: um indivíduo, preso e levado a julgamento, não está obrigado a prestar esclarecimentos ou fornecer informações que lhe possam ser desfavoráveis. Ele terá direito ao silêncio e o exercício desse direito não poderá ser usado contra ele para reforçar sua incriminação.

Realizada esta breve distinção, resta neste momento, buscar compreender a forma com a qual, tanto o intérprete, quanto o aplicador do Direito, deve se portar diante do contexto do neoconstitucionalismo, partindo-se de sua concepção normativa e dirigente.

### 5.2.2 A norma jurídica: gênero das espécies regras e princípios

Saliente-se que esta nova conformação constitucional, apoiada no pós-positivismo, que supera a concepção positivista de que o Direito se compunha de normas jurídicas exteriorizadas pelas regras dispostas em toda a legislação, agora o compreende composto de enunciados normativos que além

<sup>103</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>104</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit, pp. 104-105.

possuir estrutura de regras, também possui estrutura de princípios. Além das regras, também os princípios passam a possuir normatividade.

Sem entrar no mérito de todas as construções teóricas que cuidaram em proclamar a normatividade dos princípios<sup>105</sup>, a bem da verdade, discorre Barcelos<sup>106</sup> que Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, Eros Roberto Grau, Ronald Dworkin e J. J. Canotilho, entre outros, são da mesma opinião de Alexy<sup>107</sup>, onde demonstram não haver qualquer distinção entre norma e princípio, mas sim, entre princípios e regras. Ambas são espécies do gênero norma. Tanto as regras quanto os princípios são normas porque dizem respeito ao “dever ser”, onde a distinção entre ambas se resume em uma distinção entre normas.

De forma sintética, Sarmiento<sup>108</sup>, a partir do pensamento de Jean Boulanger, descreve que a diferença entre as regras e os princípios não se encontram apenas no grau de importância, mas sim da natureza de cada uma delas, pois a generalidade que cada uma destas categorias apresenta é de caráter totalmente diverso.

Discorre ainda Barcelos que é de importância capital se buscar realizar a distinção entre princípios e regras, diante das respectivas consequências jurídicas que a cada uma destas normas se propõe a realizar no mundo fático, por conta das diferenças pontuais existentes tanto na interpretação quanto na aplicação de cada uma destas categorias.

A generalidade da regra se remonta ao fato de que sua criação tem por fim um número indeterminado de atos ou fatos, porém se limita a estes fatos e atos que especifica. Já os princípios, diante de seu maior grau de generalidade e abstração em relação às regras, têm seu raio de atuação menos delimitado, revelando de forma mais clara os valores jurídicos e políticos que os compreende, comportando uma série indefinida de aplicações, o que não permite a incidência do método subsuntivo.

Seguindo as proposições de Alexy, estruturalmente, para a teoria de dos direitos fundamentais, a principal distinção entre princípios e regras, destarte a existência de vários critérios, o da generalidade é o mais freqüente. Neste sentido, os princípios são normas que possuem um grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras seriam normas com grau relativamente baixo. *“Toda norma es o bien uma regla o um principio”*.<sup>109</sup>

No entanto, assevera que tal critério não é decisivo para uma perfeita distinção, uma vez que além da diferença de graduação, também apresentam uma diferença de ordem qualitativa, onde somente a partir desta constatação é que se possibilita realizar uma distinção precisa. *“[...] las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas e principios existe no sólo una diferencia gradual sino cualitativa. Esta tesis es correcta”*.

Caracterizando os princípios como comandos de otimização e as regras de comandos de definição, destaca que as regras são normas que se cumprem ou não, dentro do esquema do “tudo ou nada”, pois se uma regra é válida, ocorrerá exatamente o que ela exige, sem mais nem menos. Por outro lado, os princípios determinam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, onde podendo serem cumpridos em diferentes graus, tem essa medida dependente tanto das possibilidades jurídicas quanto das possibilidades do mundo fático.

Barcellos<sup>110</sup>, por sua vez, discorre que a distinção entre princípios e regras se torna mais operacional, sem objetar as proposições já aventadas pela doutrina, quando se funda na própria noção de norma jurídica, que é comum às duas categorias, devendo se ater aos efeitos que pretendem produzir e aos meios aptos para alcançar estes efeitos.

Como discorre Barcellos<sup>111</sup>, à guisa do entendimento de Ronald Dworkin e Robert Alexy, as regras possuem uma estrutura biunívoca, sendo aplicadas de acordo com o modelo do “tudo ou nada”,

<sup>105</sup> Sobre estudo detalhado do processo de construção teórica acerca da normatividade dos princípios, cf. BONAVIDES, PAULO. *Op. cit.*, p. 228-266, SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*; PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos. Op. cit.*, p. 361-398.

<sup>106</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Op. cit.*, p. 43.

<sup>107</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997*, p. 83.

<sup>108</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 42-45.

<sup>109</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*

<sup>110</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Op. cit.*, p. 51.

<sup>111</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. . Op. cit.*, pp. 181-182.

onde incidem no caso concreto se são válidas ou não incidem se são inválidas. Uma regra é válida ou não juridicamente.

Tratando-se de princípios<sup>112</sup>, principalmente em sua região não nuclear<sup>113</sup>, os efeitos pretendidos possuem uma dimensão mais ampla a depender da concepção valorativa ou política para a definição de seu verdadeiro sentido, bem como das condutas que serão necessárias para a sua realização.

Desta forma, pode-se asseverar que tanto as regras, quanto os princípios, de forma geral, possuem funções distintas no ordenamento jurídico constitucional contemporâneo. Enquanto as regras se destinam a estabelecer segurança e estabilidade ao Sistema, correspondendo a um consenso político e valorativo fundado na legitimidade popular, aos princípios cabem estabelecer a justiça, por possuírem uma flexibilidade capaz de melhor se adaptar ao sentido geral pretendido por seu enunciado.

### 5.2.3 A técnica da ponderação <sup>114</sup>

Como já vislumbrado, a técnica da ponderação desponta como um método alternativo à subsunção, destinada a oferecer logicamente, uma solução adequada a um determinado fato, a partir da incidência de uma premissa maior, um enunciado normativo, sobre uma premissa menor, um fato hipoteticamente relevante.

Pretende dirimir as colisões normativas decorrentes da verificação da impossibilidade de reduzi-las à incidência de uma única premissa maior, diante da constatação de diversas outras válidas, vigentes, de mesma hierarquia e que apontem soluções diversas e contraditórias. Deste modo, a ponderação pode ser conceituada como “*a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*”.<sup>115</sup>

Como assinala Barcellos, a técnica da Ponderação que aqui se refere, pretende uma significação metodológica que supera sua concepção usual extra-jurídica de sopesar as vantagens e desvantagens na solução para determinada situação.

Desta forma, apresenta uma ordenação metodológica que não se destina a solucionar qualquer conflito normativo, que em geral, são superáveis pelas técnicas hermenêuticas convencionais destinadas a solucionar antinomias que empregam a lógica subsuntiva, mas tão somente, aqueles em que, pela natureza, amplitude e posição hierárquica no ordenamento jurídico, se mostrem em aparente situação de impossibilidade de uma decisão técnica, o que determinaria, pelo princípio do *non liquet*, a uma decisão arbitrária do aplicador do Direito.

Propõe que esta técnica possa ser utilizada tanto em abstrato, aos serem discutidos publicamente pela doutrina e possuírem fundamentação lógica e jurídica, já aceitos pela comunidade

<sup>112</sup> *Ibidem*, pp. 173-176. Para a autora, embora os princípios também pretendam produzir efeitos na realidade concreta, tal empreendimento não ocorre assim como as regras que, desde seu enunciado, já se tem definidos, tanto o efeito como a conduta a ser executada para a sua realização. A partir desta perspectiva, constata a existência de duas categorias de princípios, onde uma possui relativa indeterminação do efeito a ser produzido no mundo fático e a outra, embora determinado o efeito a ser produzido, tem relativa indeterminação da conduta a ser realizada para o seu alcance. Em ambas as categorias, a definição de suas respectivas indeterminações não se obtêm por um processo lógico-jurídico, mas sim de concepções valorativas diversas, seja moral, ética, ideológica ou filosófica.

<sup>113</sup> *Id.*, pp. 178-180. Discorre a autora que a indeterminação verificada nas duas categorias de princípios, tanto dos efeitos, quanto das condutas, é relativa, pois qualquer expressão lingüística, possui um sentido mínimo, um núcleo básico, cuja inobservância, desnatura sua própria essência. Assim é que se verifica a existência de uma determinação mínima do efeito pretendido, para os princípios de efeitos indeterminados e de condutas básicas indispensáveis para a realização do efeito indicado para os princípios de condutas determinadas. Neste sentido, pode-se asseverar que, estruturalmente, os princípios são constituídos de duas regiões, uma nuclear, cuja determinação do conteúdo lhe confere a mesma estrutura das regras que, como elas, devem funcionar e uma outra, não nuclear, cuja indeterminação, deverá ser preenchida pela deliberação democrática.

<sup>114</sup> Sobre a técnica da ponderação, sobre a qual se baseará este texto, c.f. BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 296.

em geral, a partir das construções doutrinárias destinadas na formulação de parâmetros gerais e específicos, quanto em concreto, ambas poderão orientar o interprete de forma a dar maior previsibilidade ao resultado do processo ponderativo.

Esta técnica determina que o aplicador do Direito, nestes casos percorra três etapas:

Na primeira, o aplicador do Direito deve identificar os enunciados normativos aparentemente em conflito na hipótese, e agrupá-los em função das soluções que indiquem. Nesta etapa, deve-se ter o cuidado de não considerar interesse que não contenha fundamento no sistema jurídico. Como a ponderação é uma técnica de decisão jurídica, apenas se deve selecionar os interesses que possam ser conduzidos a enunciados normativos explícitos ou implícitos.

Na segunda etapa, devem ser examinadas as circunstâncias concretas do fato e as repercussões que fará incidir sobre os enunciados normativos identificados na fase anterior. Nesta fase, a determinação das circunstâncias relevantes, deve ser pautada em consonância com a consideração da experiência social ou pela existência de disposições normativas que autorizem esta conclusão. As repercussões dos fatos sobre o grupo de enunciados normativos selecionados podem atribuir maior ou menor peso a algum dos grupos como também podem esclarecer o grau de restrição que cada solução possível irá impor aos diferentes enunciados envolvidos.

Na última etapa, como momento de decisão, ou seja, de elaboração da norma respectiva ao fato concreto, a técnica não apresenta repostas as questões de natureza material que neste momento se apresentam. No entanto, enumera três cuidados metodológicos a serem observados. No primeiro, adverte que a norma produzida tem que possuir caráter universal, onde seus argumentos devem ser aceitáveis pela comunidade em geral e poder ser generalizada para situações equivalentes. Na segunda, adverte que esta norma deve impor o menor nível possível de restrição para a maior parte dos elementos dos enunciados normativos. Na terceira, caso envolva direitos fundamentais, a norma jamais poderá transpassar o núcleo de algum deles.

Ressalte-se ainda que ao longo do processo ponderativo, o interprete deve se utilizar de dois parâmetros gerais já estatuídos pela própria técnica. Tais parâmetros foram construídos por conta das características peculiares pertinentes a cada uma das categorias normativas, das funções que desempenham no ordenamento jurídico e da necessidade de se ter um perfeito equilíbrio entre a previsibilidade e segurança e justiça.

Conforme descreve Barcellos<sup>116</sup>, o interprete do Direito, ao se deparar com um conflito normativo insuperável pelos métodos interpretativos tradicionais e até mesmo pelo moderno método hermenêutico constitucional, deve ter como premissas, que necessariamente devem ser observadas na ordem que se apresentam, o seguinte:

*“As regras, incluídas o núcleo dos princípios, têm preferência sobre os princípios” e, “Diante de um conflito normativo insuperável, a norma que de forma direta promova e/ou proteja os direitos fundamentais dos indivíduos tem preferência sobre aqueles que estejam apenas indiretamente relacionadas com esse direito”.*

#### 5.2.4 Conflitos entre regras ou entre regras e região nuclear de princípios

As regras, incluídas as regiões nucleares dos princípios que apresentam a mesma estrutura, por enunciarem a produção de efeitos determinados e a respectiva conduta a ser praticada para sua realização, que se não verificados, incorrem em sua violação, para a sua aplicação, em um Estado de Direito, deve-se observar as estruturas subsuntivas. *“Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”.*<sup>117</sup>

Diante das considerações, e ainda pelo fato das regras terem sido a única categoria que tradicionalmente se revestiam de normatividade, um amplo processo de discussão já foi empreendido e consolidado nos critérios estabelecidos na técnica da subsunção como também por outros modelos hermenêuticos.

Até mesmo nos casos em que possuam conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas de indeterminação em sua estrutura que vão conferir certa liberdade na definição do sentido de seu

<sup>116</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit, p. 19.

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. Op. cit, p. 87.

conteúdo, como “mulher honesta” ou “interesse social”, serão solucionados com certa tranquilidade dependendo do sentido que se atribua a seu conteúdo.

Não obstante as regras possuírem a função de promover a estabilidade e previsibilidade do sistema, pode ocorrer que a aplicação de uma regra válida no caso concreto, acarrete uma decisão extremamente injusta, e que inclusive, mostre-se inadequada com os próprios fundamentos da justiça e da razoabilidade que se assenta o próprio Estado de Direito ou ainda, ocasionar uma colisão insuperável de regras de impossível solução pelo método lógico subsuntivo.

No primeiro caso, o intérprete não terá outra alternativa senão decidir com equidade, utilizando de uma lógica argumentativa racionalizada de forma a não se produzir uma efetiva ruptura do sistema, se o legislador não anteviu tal possibilidade ao disciplinar a matéria ou se esta decisão produz uma norma inconstitucional.

No segundo caso haverá de fato, uma ruptura no sistema, vez que uma das regras não será observada, onde a opção por uma delas deverá ser o resultado de uma ponderação entre os bens que justifiquem cada uma.

### 5.2.5 Conflitos entre regras e princípios

O conflito entre regras e princípios, aqui excluídas sua região nuclear, tem sua solução estipulada pelo critério instituído pelo primeiro parâmetro geral de que as regras, incluídos o núcleo dos princípios, têm preferência sobre os princípios.

Embora possa parecer que tal premissa contrarie toda a construção teórica que se tem assentado sobre a ascendência axiológica em relação às regras e de sua centralidade no sistema, na realidade, em nada contraria os pressupostos da atual teoria dos princípios. Em verdade, tal parâmetro é consequência da distinção estrutural e funcional entre princípios e regras e dos conceitos de Democracia e Constituição, dos quais são elementos.

Em decorrência da natureza de cada uma destas categorias normativas, a prevalência das regras aos princípios nos casos de conflito, se dá pelo fato de que as regras, ao pretenderem produzir efeitos no mundo dos fatos, já possuem bem definidos, tanto os efeitos quanto as condutas necessárias para a sua consecução. Característica bem diversa dos princípios que, ou não possuem definidos os efeitos pretendidos ou as condutas necessárias para a sua consecução, dependendo das concepções de valor ideológico e político de seu intérprete.

Como já visto, enquanto as regras valem ou não valem, por conta da sua natureza biunívoca, assim denominada por Alexy de comandos de definição, os princípios, comandos de otimização, não determina o que ou de que forma algo seja realizado, mas sim que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades físicas e jurídicas.

Neste sentido, os princípios admitem gradações de seu cumprimento, diferentemente das regras, cuja não realização de seus efeitos, bem como do modo de alcançá-los, como determinado por seu enunciado, ocorrerá uma violação ao sistema normativo, resultado extremamente pernicioso e inadmissível ao Estado de Direito, uma vez que as relações sociais estarão à mercê das concepções e vontades particulares temporais, retornando a civilização moderna à sua infância absolutista.

Assim, pelo que se depreende, os efeitos pretendidos por um princípio vão ser restringidos pelas regras que os excepcionam em algum ponto e por outros princípios opostos que procuram igualmente maximizarem-se, daí decorrendo a necessidade de ponderá-los.

Funcionalmente, como também já visto, os princípios e as regras desempenham papéis distintos no ordenamento jurídico. As regras, por serem o resultado de um processo de decisão política, pelos órgãos eleitos, de algum aspecto fático de interesse social, além de possuir a fundamental característica de dar previsibilidade e segurança, reveste-se da legitimidade democrática.

Outro fundamento que confere a prevalência das regras sobre os princípios ocorre na seara constitucional, pois a conformação constitucional contemporânea estabelece determinados consensos mínimos, inclusive a ser protegidos pela “tirania da maioria” e garantir o pluralismo político. A prevalência das regras constitucionais, incluindo-se o núcleo dos princípios, reside no fato de virem a expressar estes consensos oriundos de decisões políticas específicas, ao passo que os princípios delineiam um campo de ações possíveis, sob a perspectiva de opções políticas diversas, onde cada uma pode ser considerada legítima.

### 5.2.6 Colisões entre princípios

Como já se verificou nos tópicos anteriores, a ponderação, irá ser necessária quando os princípios, excluída a região nuclear, entrarem em rota de colisão com outro princípio ou como uma regra.

Uma regra, por ser válida ou não, em geral, não admite ponderação. O princípio, por admitir gradação em seu cumprimento, poderá ceder em decorrência da realidade prática e jurídica, podendo ser mais ou menos adimplido, como também adimplido de formas variadas.

Ocorrendo colisão entre princípios, excluídas as regiões nucleares respectivas, o interprete se utilizará da metodologia da ponderação para que, ao final de seu processo, possa se efetivar a norma adequada.

### 5.2.7 O segundo parâmetro geral: A prevalência da promoção dos direitos fundamentais

Diante de um conflito normativo insuperável, a norma que de forma direta promova e/ou proteja os direitos fundamentais dos indivíduos tem preferência sobre aqueles que estejam apenas indiretamente relacionadas com esse direito.

A utilização deste segundo parâmetro geral ocorrerá ao final da ponderação e após a aplicação do primeiro, caso não tenha solucionado o conflito de forma satisfatória, assim decorrendo que, enquanto o primeiro parâmetro se destina a trabalhar com enunciados normativos, o segundo, tem como objeto, a comparação das normas oriundas dos enunciados em conflito.

Este parâmetro se justifica pelo consenso material do neoconstitucionalismo na centralidade dos direitos fundamentais do homem em seu ordenamento jurídico, bem como desta mesma concepção no plano internacional que reconhece que o bem estar do homem é o fim máximo do Estado que, para tanto, confere direitos básicos.

Embora já se pudesse fundamentar este parâmetro pela justificativa substancial, seja pela opção material constitucional seja pela universalização, também material dos direitos humanos, relevante também se torna apreciar a concepção procedimentalista<sup>118</sup>, que mesmo fundada na crítica à concepção material do novo constitucionalismo, ao considerar a impossibilidade de consensos materiais mínimos compartilhados em sociedades cada vez mais plurais e multi-culturais, ao pressupor que a construção de procedimentos formais é que poderão legitimar as tomadas de decisões, tem como pressuposto a igualdade entre os homens, que devem ter respeitados um conjunto básico de direitos fundamentais para que possam exercer conscientemente e com liberdade, o processo político democrático.

Desta forma, mesmo se verificando um espectro mais restrito, o constitucionalismo procedimental reconhece a existência de um conjunto mínimo de direitos que permitam a participação livre e consciente do cidadão na formulação da vontade da maioria, direitos esses que deverão ser respeitados independentemente de fazerem parte ou não desta maioria, o que se leva concluir que, mesmo a partir da concepção filosófica procedimentalista, o segundo parâmetro geral encontra justificativa.

## 6. Conclusão

Durante o decorrer da pesquisa que culminou com a produção deste trabalho, buscou-se contextualizar a ponderação de direitos fundamentais no Neo-constitucionalismo de normas imperativas e dirigentes em um contexto social marcado pela pluralidade de interesses.

Como bem encerra Barroso, o homem não busca apenas interpretar de forma objetiva a sua realidade, mas principalmente transformá-la. Assim é que, o Neo-constitucionalismo, embora ainda uma doutrina em franco processo de consolidação, construída a partir das reflexões ora apresentadas e tendo como pontos centrais o pós-positivismo e a reconstrução constitucional dos Estados, surge com

<sup>118</sup> Para uma visão mais aprofundada sobre a concepção filosófica procedimentalista, presente nas construções teóricas contemporâneas, principalmente pelas concepções de John Rawls e Jurgen Habermas, C.f. BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit, pp. 260-274.

esta pretensão. Este movimento doutrinário, na expressão de Fioravanti, citado por Ariza, "*representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo.*"<sup>119</sup>

É o produto de um movimento doutrinário que vai caracterizar os modelos jurídicos adotados pelos Estados a partir da segunda metade do século XX por conta do esgotamento dos fundamentos do Estado Liberal Burguês e do Estado Social diante das efetivas necessidades de seus povos, que ainda hoje, em especial no Brasil, trava uma luta constante com uma tradição positivista que, mesmo à evidência de sua superação, busca manter seu espaço, principalmente na interpretação normativa e na concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes utilizando o subterfúgio do discurso da preponderância do texto da lei sobre os direitos fundamentais.

Os fundamentos que sustentam a reconstrução dos direitos fundamentais, a partir dos princípios da indivisibilidade e da universalidade, e que são os referenciais constitucionais dos novos Estados, de forma alguma podem deixar que os discursos arbitrários e reacionários venham a transformá-los em utopias inatingíveis.

A distribuição justa dos escassos bens sociais em sociedades liberais, devem se fundamentar a partir de referenciais em que os princípios éticos e morais sejam o sentido de orientação.

Para tanto, não basta apenas a caracterização da imperatividade e da normatividade da Constituição, mas sim de sua efetivação na interpretação e na aplicação diária do Direito, em todos os seus ramos e por todos aqueles que por ele é obrigado.

Não que se pretenda tolher as opções políticas legitimadas pela soberania popular ou transformar o judiciário em um super-poder ditador. O que se pretende e necessita é a efetivação do pacto político arrojado de uma nação livre, justa e igualitária formulado pela Constituição de 1988, que deve ser expresso em vontade político-legislativa da convergência dos interesses plurais acerca da concepção de vida digna individual e das identidades comunitárias, que devem ser cumpridas por governantes imbuídos com este compromisso, cabendo ao judiciário defender tanto a efetivação destes quanto a não limitação e a defesa dos direitos fundamentais.

É a partir deste contexto de exercício democrático assentado nestas concepções, que as colisões e os conflitos de direitos fundamentais em uma sociedade cada vez mais pluralista, que a técnica da ponderação tem seu papel posto em relevância, para que ao invés de possibilitar a justa distribuição dos bens sociais, não venha a se tornar instrumento do arbítrio em função de interesses e da consecução de privilégios que tornem cada vez mais distante a realização de um Brasil digno de seus brasileiros.

## Referências

ALEXYY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria dos discurso de Jürgen Habermas. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. *Temas de direito constitucional*, t. I, 2. ed. 2006.

<sup>119</sup> VASQUES, Marcos Barbosa. (Mais um) um exemplo de "baixa constitucionalidade" e a decorrente ofensa aos direitos fundamentais . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1100, 6 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8607>>. Acesso em: 09 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de abril de 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: 1997.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*.

OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição Constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. In: (Neo)Constitucionalismo: Ontem os Códigos, Hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2 – Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. In: (Neo)Constitucionalismo: Ontem os Códigos, Hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2 – Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Boaventura Souza (organizador). Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Mais) um passo atrás no direito brasileiro. Quem vai cuidar do guarda da esquina?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 959, 17 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7987>>. Acesso em: 09 out. 2006.



VASQUES, Marcos Barbosa. (Mais um) um exemplo de "baixa constitucionalidade" e a decorrente ofensa aos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1100, 6 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8607>>. Acesso em: 09 out. 2006.